

DIE BESTIMMUNG DER PROZESS =
PARTEI IM ZIVILPROZESS.

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades
der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann - Wolfgang - Goethe - Universität

zu Frankfurt am Main.

Vorgelegt von

Gerichtsreferendar Hartmut Wierscher.

Frankfurt am Main ~~1956~~

1955

DIE BESTIMMUNG DER PROZESS =
PARTEI IM ZIVILPROZESS.

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades

der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Johann - Wolfgang - Goethe - Universität

zu Frankfurt am Main.

Vorgelegt von

Gerichtsreferendar Hartmut Wierscher.

Frankfurt am Main 1956

1. Gutachter: Prof. Dr. S c h i e d e r m a i r

2. Gutachter: Prof- Dr. C l a s s

Tag der mündlichen Prüfung : 23. November 1955



MEINEM SCHWIEGERVATER

Inhaltsübersicht

A.	Einführung	
	Die allgemeinen Zweifelsfragen auf dem Gebiete der Parteilehre und die Arbeitsgliederung bisher vorhandener Arbeiten.	S. 1
B.	Der Stand der Lehrmeinungen	
	Die Ansatzpunkte für eine systematische Weiterführung	S. 2
I.	Zum Begriff der Prozeßpartei	S. 2
	Der materielle Begriff	S. 2
	Der formelle Begriff	S. 3
	Die Auswirkungen des früheren Theorienstreites auf die Ausgestaltung des geltenden Begriffs	S. 4
	Der funktionelle Begriff de Boor's	S. 6
	Die praktische Verwendbarkeit des geltenden formellen Begriffs	S. 8
	Hein's Untersuchungen über die brauchbare Ausgestaltung des formellen Begriffs	S. 9
	Die Gefahren der materiell-rechtlichen Betrachtung des Prozesses (das Prozeßrechtsverhältnis)	S. 10
	Der Prozeß als Entwicklungsvorgang im Sinne von Sauer	S. 11
II.	Die Parteibestimmung	S. 13
	Die richtige Fragestellung	S. 14
	Die vorhandenen systematischen Untersuchungen	S. 15
	Die Schwierigkeiten der Klageerhebungstheorie	S. 16

Der eingliedrige Vorgang als Existenz- bedingung des Prozesses (Hein's Kla- geannahmetheorie)	S. 19
Die von Hein gegebene Begründung und die Kritiken daran	S. 21
Der Klageannahmeakt und der Eintritt der Rechtshängigkeit	S. 24
III. Die Parteiermittlung	S. 29
Die allgemeinen Regeln	S. 29
Der Zusammenhang von Parteiermitt- lung und Parteibestimmung	S. 30
Die Willenstheorie	S. 31
Die Handlungstheorie	S. 34
Die Erklärungs- oder Äusserungs- theorie	S. 36
Die gesetzliche Verankerung der Äusserungstheorie	S. 37
Die Auslegungsmöglichkeit als Vor- teil der Äusserungstheorie	S. 38
Die Zulässigkeit einer Auslegung	S. 39
Die für die Auslegung verwendbaren Momente	S. 40
Der Zeitpunkt des Auftretens dieser Momente	S. 41
C. Der systematische Aufbau	
Die Weiterführung unter Verwendung der Hein'schen Klageannahmetheorie	S. 45
I. Zum Parteibegriff	S. 45
Die vorläufige Arbeitsformel als Ausgangspunkt für die Untersuchungen über die Parteibestimmung	S. 46

II. Die Parteibestimmung	S. 46
Die übliche Deduktionskette :	
Klageerhebung - Prozeßentstehung	
- Erlangung der Parteistellung	S. 47
Die Unbrauchbarkeit des allgemeinen Ausgangspunktes	S. 47
Die real - finale Prozeßbetrachtung	S. 48
Die abschliessende Entscheidung als Zweckbestimmung des Prozesses	S. 49
Der neue Ausgangspunkt : Die Prozeßgründung	S. 50
Die Vorlage der Klageschrift beim Spruchorgan	S. 52
Die richterliche Terminsverfügung	S. 53
Die positive Begründung für die Prozeßgründung durch richterliche Entscheidung	S. 56
Die Klageschrift als Prozeßprogramm	S. 57
Die Abweichungen von der Hein'schen Konstruktion	S. 59
Die Wirksamkeit der Klageannahmeentscheidung ohne Mitteilung an die Beteiligten (§ 329 Abs. 3 ZPO)	S. 61
Die Rückdatierung der Wirksamkeit bei nur formlos mitzuteilenden Entscheidungen	S. 64
Die Folgerungen in der Entscheidung des OLG Oldenburg	S. 66

Materiell-rechtliche Bedenken	S. 66
Der erforderliche Inhalt des vor- gelegten Prozeßprogramms	S. 68
Die gegenständlichen Grenzen des Prozesses	S. 69
Die persönlichen Grenzen des Prozesses	S. 70
Zusammenfassung	S. 71
 III. Die Ermittlung der Prozeßpartei	 S. 72
Die Verwendbarkeit nachträglich auftretender Momente für die Parteiermittlung	S. 72
Die richtige Unterscheidung des zur Ermittlung verwendbaren Prozeßstoffes	S. 72
 IV. Das Ergebnis der Untersuchungen und seine Verwendung für die Aus- gestaltung des formellen Partei- begriffs	 S. 74

Verzeichnis der benutzten Literatur

Lehrbücher.

- Goldschmidt : Zivilprozeßrecht, 1929.
- Hellwig : Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts II. Bd. 1907.
- Hellwig : System des deutschen Zivilprozeßrechts I. Teil 1912.
- Lent : Zivilprozeßrecht, Studienbuch, 4. (neubearb.) Aufl. 1952.
- Nikisch : Zivilprozeßrecht , Lehrbuch, 2. (erg.) Aufl. 1952.
- Rosenberg : Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 5. (neubearb.) Aufl. 1951.
- Planck : Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I. Bd. 1887.
- Sauer : Grundlagen des Prozeßrechts 1919
- Wach : Handbuch des Zivilprozeßrechts I. Bd. 1885.

Kommentare.

- Baumbach-Lauterbach : Zivilprozeßordnung 21. Aufl 1952
- Kann : Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich 3. Aufl. I. Bd. 1913.

Seuffert : Kommentar zur Zivilprozeßordnung 11. Aufl. I. Bd. 1910

Stein-Jonas-Schönke : Kommentar zur Zivilprozeßordnung 17.(neuberab.) Aufl.
I. Bd. 1949.

Monographien.

Hein : Identität der Partei, I. Bd.
1918, II. Bd. 1925.

Goldschmidt : Der Prozeß als Rechtslage 1925.

Kisch : Parteiänderung im Zivilprozeß 1912

Nussbaum : Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse 1908.

Abhandlungen und Aufsätze.

de Boor : Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Festschrift f. Siber, II. Bd.

Fraeb : Unrichtige Parteibezeichnung und Prozessieren unter falschem Namen, Der Gerichtssaal Bd. 96 S. 436 und Bd. 97. S. 235.

Fränkel : Namens-, Personen- und Parteiverwechselung im Prozeß, DJZ 1907, S. 294.

Hellwig : Prozessieren unter falschem Namen, DJZ 1906, S. 68.

Kisch : Das RG und der Parteibegriff, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des RG, VI Bd. 1929.

- Kohler : Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß 1894.
- Lippmann : Prozessieren unter falschem Namen,
DJZ 1906, S. 422.
- Oertmann : Namens- und Personenverwechslung im Zivil-
prozeß, DJZ 1906, S. 735.
- Oetker : Jur. Literatur Blatt, Bd. II, S. 189.
- Rosenfeld : Parteien des Straf-, Zivil- und Ver-
waltungsprozesses, Hdwb. d. Rechtsw.
v. Stier-Somlo, Bd. IV. 1927.
- Steiner : Der Parteibegriff im Privatklagever-
fahren, Strafrechtl. Abhandlungen
Heft 292, 1932.
- Pfitzer : Die Folgen einer nicht ordnungsmäßigen
Ladung, Gruch. Beitr. Bd. 31.

Dissertationen.

- Lettow : Die Bestimmung der Partei im Zivilprozeß,
Göttingen 1935.
- Lisch : Die rechtliche Bedeutung eines rechtskräf-
tigen Urteils, das ein nichtlegitimierter
Dritter unter dem Namen einer im Prozeß
nicht vertretenen, dort aber als Partei
bezeichneten Person erwirkt hat,
Hamburg 1932.
- Lukowski : Prozessieren unter falschem Namen,
Hamburg 1939.

Gerichtsentscheidungen.

- BGH in JZ 1954, S. 333.
- RG in RGZ Bd. 57 S. 17; Bd. 86 S. 65; Bd. 144 S. 259;
Bd. 150 S. 357; Bd. 156 S. 385; Bd. 157 S. 369; Bd. 160
S. 307.

A. Einführung

Die folgenden Untersuchungen werden uns auf das Gebiet der Parteilehre führen, ein Gelände, auf dem - nach einem älteren Ausspruche Rosenfeld's¹⁾ - jeder Schritt Quellen von Kontroversen zum Rieseln bringt. Mag dieses Wort heute auch nicht mehr in dem Sinne gelten, dass erbitterter Meinungsstreit herrscht, so ist doch vieles unklar und zweifelhaft geblieben. In einer gewissen Abwandlung von Rosenfeld wird man heute eher sagen können, dass viele Schritte auf diesem Gelände sumpfige Stellen zum Vorschein bringen. Eingehendere Prüfungen ergeben nämlich, dass vielerorts Unstimmigkeiten in den Begründungen der verschiedenen Ansichten und Widersprüche im systematischen Aufbau vorhanden sind. Dies ist allerdings auch verständlich. Denn schließlich ist die Parteilehre der eine Eckpfeiler des wissenschaftlichen Prozeßsystems. Die hieraus resultierende Bedeutung steht aber in einem recht auffälligen Widerspruch zu der fast stiefmütterlichen Behandlung, die das ganze Gebiet in den positiven Bestimmungen der Prozeßordnung erfahren hat. Das musste wohl zwangsläufig zu Widersprüchen zwischen den Grundregeln des wissenschaftlichen Prozeßaufbaus und den vorhandenen Gesetzesbestimmungen führen.

Die wissenschaftlichen Untersuchungen zerfallen - abgesehen von der Frage der Parteiänderung und dem Theorienstreit zur Frage " Vertreter oder Partei kraft Amtes " , die hier nicht berührt werden sollen - in zwei, meist sogar drei Arbeitsgebiete : Ausführungen über die Entwicklung des Parteibegriffs, Untersuchungen über die Parteibestimmung und solche über die Regeln der Parteiermittlung. Der Unterschied zwischen der Parteibestimmung und der Parteiermittlung wird dabei mehr oder weniger stark betont. In unseren Untersuchungen wollen wir zunächst von dieser Arbeitsglie-

1) Rosenfeld, Parteien des Straf-, Zivil- und Verwaltungsprozesses, S. 393.

derung ausgehen. Im weiteren Verlauf wird jedoch zu prüfen sein, ob eine derartige Aufgliederung zweckmässig ist, und in welcher Reihenfolge die Untersuchungen praktischerweise anzustellen sind.

B. Der Stand der Lehrmeinungen

I. Zum Begriff der Prozeßpartei

Die bemerkenswerteste Erscheinung in der Entwicklung des Parteibegriffs ist die Überwindung des materiellen Begriffs und seine Ersetzung durch den heute geltenden formellen Begriff. Bis zur Jahrhundertwende etwa knüpfte man die Parteistellung an ausserprozessuale Momente, nämlich an die subjektive Zugehörigkeit zum streitigen, materiellen Rechtsverhältnis. So definierte Wach ²⁾ : " Die Partei ist das Prozeßsubjekt. Sie ist es, weil sie das behauptete aktive oder passive Subjekt des res in iudicium deducenda sive deducta, des den Streitgegenstand bildenden materiellen Rechtsverhältnisses ist. " Ähnlich bestimmte Planck ³⁾ den Parteibegriff und auch noch Kohler ⁴⁾ , der den Begriff der Prozeßstandschaft schuf und damit den Punkt markierte, an dem später der Ausbruch aus der Enge des materiellen Begriffs erfolgen sollte. Entscheidend für diese Ausgestaltung des Parteibegriffs war die Rechtsauffassung des römischen und des daraus entwickelten gemeinen Rechts, das den Schwerpunkt einer jeden Rechtsbeziehung darin sah, daß sie prozessual auch geltend gemacht werden konnte. Für den wissenschaftlichen Prozeßaufbau musste dieser Begriff insofern zu Schwierigkeiten führen, als es in all den Fällen an einer Prozeßpartei fehlte, in denen jemand geklagt hatte, der nicht Inhaber des materiellen Rechts war, oder jemand verklagt worden war, der nicht materiell Verpflichteter war.

2) Wach, Handbuch des Zivilprozeßrechts, I. Bd. S. 518.

3) Planck, Lehrbuch, I. Bd. S. 20.

4) Kohler, Gesammelte Beiträge, S. 296.

So entwickelte sich um die Jahrhundertwende der - zuerst von Oetker ⁵⁾ geprägte - formelle Begriff. Oetker betrachtete als Prozeßpartei den rem in iudicium deducens und is contra quem res in iudicium deducitur. Diese Verlagerung des Schwerpunktes von der res, der Beziehung zum streitigen materiellen Recht oder auch dem Streitgegenstand in seiner älteren Ausgestaltung, auf das deducere, das prozessuale Auftreten, befreite den Parteibegriff von den ausserprozessualen Anknüpfungspunkten.

Bemerkenswert an diesem - heute ausgetragenen - Theorienstreit ist wohl nicht so sehr sein Ausgang, wenngleich die rein prozessuale Ausgestaltung des Begriffes sicher eine systematische Notwendigkeit war. Auch die Vertreter des materiellen Begriffs hatten die Besonderheit nicht verkannt, die sich daraus ergab, dass das materielle Rechtsverhältnis den speziellen Bedingungen eines Prozesses unterworfen wurde. Denn sie stellten nicht allein ab auf das Vorhandensein des materiellen Rechtsverhältnisses, sondern auf sein Vorbringen im Prozeß. Entscheidend an dem Streit erscheint vielmehr der Umstand, dass seitdem der Parteibegriff einseitig durch den Gegensatz : Partei - richtige Partei belastet ist. Der alte Streit wirkt heute noch insofern fort, als diese eine Seite des Begriffs überbewertet wird. Dies macht sich in zwei charakteristischen Erscheinungen bemerkbar. 1. Der Parteibegriff wird - sobald er in fassbarer Form auftritt - negativ erläutert. Auf eine rein deduktiv ausgestaltete Begriffsformel folgt sofort eine negative Aussage über den Inhalt des Begriffs. Die Grundformel geht dahin, dass Prozeßparteien die Subjekte des Rechtsschutzbegehrens ⁶⁾ seien oder die Subjekte des prozessualen Handelns ⁷⁾. Offenbar vermochte diese Formel nicht ein-

5) Oetker, Jur. Literatur Blatt, Bd. II, S. 189.

6) Rosenberg, Lehrbuch, S. 154
Stein-Jonas-Schönke, Erläuterung I vor § 50
Lent, Zivilprozeßrecht, S. 52.

7) Baumbach-Lauterbach, Gr. § 50, Erl. 2) A.

mal ihren Schöpfern viel zu sagen. Denn sie erläuterten sie sofort dahin, dass Parteien nicht die Subjekte des streitigen materiellen Rechtsverhältnisses seien. Hierin zeigt sich, wie stark die frühere Streitfrage noch heute den Parteibegriff belastet.

2. Bezeichnend ist es auch, wie schnell diese grundsätzliche Ablehnung ausserprozessualer Anknüpfungspunkte wieder dadurch verwaschen wird, dass man auf die Behauptung materieller Rechtsbeziehungen oder gar auf das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses abstellt. Besonders deutlich wird das bei Stein-Jonas-Schönke⁸⁾. Dieser verlangt nämlich, dass jemand als Subjekt des streitigen materiellen Rechtsverhältnisses oder als Subjekt einer rechtlich anerkannten Interessenbeziehung klagt oder verklagt wird. Zu den rechtlich anerkannten Interessenbeziehungen rechnet er die Fälle, in denen das materielle Recht dritten Personen die Möglichkeit gibt, fremde Rechte prozessual geltend zu machen. Abgesehen von der Erweiterung auf die Interessenbeziehungen deckt sich diese Erläuterung des - von ihm ja vertretenen - formellen Begriffs fast völlig mit dem materiellen Begriff von Wach oder Planck. Kaum anders ist das Ergebnis bei Rosenberg⁹⁾, der auf die Behauptung eines materiellen Rechtsverhältnisses abstellt. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man zwar meinen, dass ein Behaupten eine innerprozessuale Angelegenheit sei. Entscheidend ist aber, dass die Behauptung einer bestimmten materiellen Rechtsbeziehung verlangt wird. Dieser Inhalt der verlangten Behauptung ist es, der wiederum an die ausserprozessuale Lage anknüpft. Auf dem Umwege über eine allgemeine Lebensvermutung des Inhalts, dass jemand, der das Bestehen eines materiellen Rechts behauptet, in aller Regel auch Subjekt dieses Rechts sein werde, dass also für diese Person ein rechtliches Interesse an prozessu-

8) Stein-Jonas-Schönke, Erl. III vor § 50

9) Rosenberg, Lehrbuch, S. 156.

aler Nachprüfung bestehe, schafft Rosenberg einen ausser-prozessualen Anknüpfungspunkt, indem er einen materiell-rechtlichen Interessenkreis um das spezielle materielle Recht zieht. Nur am Rande sei hierzu noch bemerkt, dass Rosenberg auch insofern in Schwierigkeiten kommen muss, als er sonst die Aufstellung von Rechtsbehauptungen - z.B. bei der Frage der Klagebegründung - selbst nicht verlangt. Will man nämlich seine Definition des Parteibegriffs für die Parteibestimmung - den entscheidenden Prüfstein für die Brauchbarkeit des Begriffs - verwenden, so muss man entweder die Aufnahme von Rechtsbehauptungen in die Klagebegründung verlangen oder - begnügt man sich auch insoweit mit Tatsachenbehauptungen - man belastet die wichtige Frage der Parteibestimmung mit erheblichen Unsicherheitsfaktoren, die sicher nicht tragbar sind.

Die bisherigen kurzen Untersuchungen haben gezeigt, wie schwierig es ist, den materiellen Parteibegriff wirksam zu überwinden, ohne dem formellen Begriff einen positiven, fassbaren Inhalt zu geben.

Versuche, dem formellen Begriff eine positive Ausgestaltung zu verleihen, sind in zwei Richtungen hin unternommen worden. Der eine Versuch stammt von de Boor¹⁰⁾ und zielt dahin, den formellen Begriff durch einen - von ihm entwickelten - funktionellen Parteibegriff zu ersetzen. De Boor macht dem geltenden Begriff den Vorwurf, dass sein einziger Vorzug im Negativen liege, nämlich im eindeutigen Ausschluss des überwundenen materiellen Begriffs; ein Argument, das auch wir bereits verwendet haben. De Boor zufolge ist der positive Gehalt wegen zu grosser Abstraktion äusserst gering. Der Begriff besage eigentlich nicht mehr, als dass Parteien eben die Parteien seien. Zur praktischen Parteibestimmung jedenfalls sei er nicht zu verwenden. Der von de Boor entwickelte funktionelle Begriff - der zunächst nur für Vermögensprozesse verwendbar ist. - knüpft an die Vermö-

10) De Boor, zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff, Festschrift für Siber, II. Bd. S. 50 ff.

gensverwaltungsbefugnis an. De Boor will das Vermögen an die Stelle der Person setzen, um damit den Begriff realer zu gestalten. Er geht dabei anscheinend von der Erwägung aus, daß der Parteibegriff nach seiner persönlichen Seite hin in unzulässiger Weise erweitert werde, wenn man diese Seite nur durch das Merkmal " Person " kennzeichne. Er übersieht dabei aber, dass sich die subjektive Seite nicht völlig ausschalten lässt, weil die Parteieigenschaft ihrem Wesen nach eine Art Rechtsstellung einer bestimmten Person bedeutet. Verwendbar ist das Moment des Vermögens daher nur als Zwischenglied in dem Sinne, dass man die Zugehörigkeit eines Rechts zu einem bestimmten Vermögen und dann die Zugehörigkeit des gesamten Vermögens zu einer bestimmten Person feststellt. Damit ist zwar eine gewisse Einengung des Begriffs erreicht, aber nur auf Kosten einer jetzt notwendig gewordenen Aufspaltung des gesamten Parteibegriffs, weil das Merkmal des Vermögens in allen den Prozessen nicht verwendbar ist, die Persönlichkeitsrechte zum Gegenstand haben. Mit der Einführung der Verwaltungsbefugnis in den Parteibegriff will de Boor etwas über die Funktion der Partei im Prozeß aussagen. Sicher fällt die Prozessführung über ein Vermögensrecht in den Kreis der Vermögensverwaltung. Abgesehen von der notwendigen Beschränkung auf Vermögensprozesse ist hierzu aber noch festzustellen, dass de Boor mit seiner Anknüpfung an die Verwaltungsbefugnis sich in bedenklicher Weise dem - von ihm abgelehnten - materiellen Begriff nähert, weil die Befugnis zur Vermögensverwaltung ja ein ausserprozessualer Umstand ist. Diese zwei neuralgischen Punkte des funktionellen Parteibegriffs genügen wohl, um darzutun, dass dieser Begriff zumindest nicht brauchbarer ist, als der formelle. Damit aber kann er keinen Ersatz für diesen darstellen.

Dennoch erscheint es uns angebracht, sich etwas mit den von de Boor erhobenen Vorwürfen gegen den geltenden Begriff auseinanderzusetzen, weil er ja mit seinem Hinweis auf die

starke, negative Ausprägung des Begriffs einen u. E. wichtigen Punkt herausgearbeitet hat. De Boor's schwerwiegendster Vorwurf geht dahin, dass es dem geltenden Begriff an jedem fassbaren Inhalt fehle. Zergliedert man den Parteibegriff, so zerfällt er in zwei Komponenten ; nämlich in eine persönliche und eine gegenständliche. Die persönliche Komponente ist durch das Merkmal " Person " und das Fehlen jeder weiteren Qualifizierung allerdings sehr weit gespannt ; soweit, wie diese überhaupt nur gespannt sein kann. Bedenkt man aber in diesem Zusammenhang, dass die Parteifähigkeit sich mit der Rechtsfähigkeit deckt, dass sie mithin jeder natürlichen und juristischen Person eignet - wobei zu den juristischen Personen hier untechnisch auch die Parteifähigkeit kraft besonderer positiver Regelung gerechnet werden soll - , so erscheint diese Ausweitung der persönlichen Komponente keineswegs unzulässig, sondern - im Gegenteil - gerade geboten, weil anderenfalls der Parteibegriff enger wäre als der Kreis der parteifähigen Individuen. Von Seiten dieser Komponente her wäre also eine faßbarere Ausgestaltung des Parteibegriffs nicht nur unmöglich, sondern sogar schädlich. Die gegenständliche Komponente des Begriffs lässt sich durch das Merkmal " Rechtsstreit " darstellen. Damit ist die Spezialität der zwischen den Personen bestehenden Beziehungen bereits gekennzeichnet. Und von dieser Seite aus wird man auch - wie die späteren Untersuchungen zeigen werden - zu einer fassbareren Gestaltung des gesamten Begriffs gelangen können. Hieraus lässt sich u. E. aber folgern, dass die von de Boor erhobenen - und auch von uns nicht übersehenen - Vorwürfe keineswegs zu einer völligen Ablehnung des formellen Begriffs führen müssen. Nicht der Ersatz des geltenden Begriffs durch einen völlig neuen, sondern seine mehr induktive Durchdringung von der Frage der Parteibestimmung her erscheint uns der richtige Weg, den Begriff brauchbar zu machen.

Der zweite Versuch in dieser Richtung stammt von Hein, dem

Verfasser des grundlegenden Werkes über die " Identität der Partei " . Hein ¹¹⁾ deckte zunächst - und zwar als erster - auf, dass es bisher an jeder systematischen Klärung und Durchdringung des Parteibegriffs von dieser Seite her fehlte. Besonders in den Arbeiten von Kisch ¹²⁾ vermisste er dahingehende Versuche. Allerdings ist Hein selbst auch dabei stehen geblieben, den entscheidenden Punkt lediglich markiert zu haben. Die Frage lag wohl vom eigentlichen Thema seiner Arbeit zu weit entfernt, um eingehendere Untersuchungen notwendig zu machen. Hein setzt sich zunächst mit der Frage auseinander, ob der Prozeß ein Rechtsverhältnis ist ¹³⁾. Aus systematischen und praktischen Erwägungen glaubt er, diese Frage bejahen zu müssen, wenn er auch nicht übersieht, dass dieses Prozeßverhältnis wegen seiner dreiseitigen Form und der eigenartigen Stellung des Gerichts atypische Züge aufweist. Wenn er sich dennoch für das Rechtsverhältnis entscheidet, so liegt das u. E. wohl daran, daß er das dynamische Moment der Entwicklung im Prozeß nicht genügend in Rechnung stellt. Für die Durchdringung des Parteibegriffs mag es zwar zunächst unwesentlich sein, welchen Charakter man dem Rechtsstreit beilegt. Seinen praktischen Nutzen aber soll der Begriff ja gerade bei der Frage nach der Bestimmung der Prozeßpartei zeigen. Und dort kann die einseitige Festlegung auf eine dem materiellen Recht zugehörige Rechtsfigur gefährlich werden. Gezeigt hat sich dies besonders bei zwei Arbeiten von Lisch und Lukowski ¹⁴⁾,

11) Hein, Identität der Partei, I. Bd. S. 13.

12) Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß.

13) Bd. I, S. 3 a.a.O.

14) Lisch, Die rechtliche Bedeutung eines rechtskräftigen Urteils, das ein nicht legitimierter Dritter unter dem Namen einer im Prozeß nicht vertretenen, dort aber als Partei bezeichneten Person erwirkt hat. Diss. Hamburg 1932.
Lukowski, Prozessieren unter falschem Namen. Diss. Hamburg 1939.

die speziell das Thema der Parteifälschung zum Gegenstand haben. Beide vermeiden zwar eine ausdrückliche Anerkennung des Prozeßrechtsverhältnisses. Im Verlaufe ihrer Untersuchungen aber arbeiten sie mit materiell-rechtlichen Konstruktionen und übernehmen Begründungen, die eine typisch statische Betrachtungsweise erkennen lassen. So behandelt Lisch ¹⁵⁾ die Klageerhebung in ihren Voraussetzungen und Folgen streng nach den Regeln der materiell-rechtlichen Willenserklärungen. Und Lukowski ¹⁶⁾ geht offenbar davon aus, dass durch die Entstehung eines Prozesses den Beteiligten echte Rechte und Pflichten im klassischen Sinne auferlegt werden. Hat man sich jedoch einmal auf eine statische Betrachtungsweise festgelegt, dann ist es nachher meist sehr schwierig, gewisse prozessuale Entwicklungsvorgänge richtig zu erfassen, ohne jetzt mit dem bisherigen System zu brechen.

Volle Zustimmung verdient Hein also darin, dass eine fassbare Ausgestaltung des Parteibegriffs nur von seiner gegenständlichen Seite her möglich ist. Nicht zu folgen vermag man ihm jedoch bei seiner Festlegung auf eine zu sehr von materiell-rechtlichen Erwägungen belastete Bestimmung dieser Seite. Der wesentliche Grund für die Ablehnung eines Prozeßrechtsverhältnisses liegt u. E. in der völlig unterschiedlichen rechtlichen Atmosphäre innerhalb eines Prozesses. Dieser Unterschied mag vielleicht nur bei einer Gesamtbetrachtung recht deutlich werden und bei einer schulmässigen Analyse auf ein Minimum zusammenschrumpfen. Dennoch scheint er nicht übersehbar. Sauer hat nun in seinen "Grundlagen des Prozeßrechts" ¹⁷⁾ diesen Unterschied aufgegriffen und eine Betrachtung des Prozesses allein von der dynamischen Entwicklung her - also letztlich vom tat-

15) S. 22 a.a.O.

16) S. 21 a.a.O.

17) Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts.

sächlichen Geschehen her - versucht. Er lenkt das Augenmerk auf das entscheidende Merkmal des Entwicklungsvorganges im Prozeß. Diesen Entwicklungsvorgang zerlegt Sauer in drei verschiedene Entwicklungslinien; die Sachgestaltung, die Verfolgung und das Verfahren.¹⁸⁾ Das Verfahren bildet dabei als tatsächlicher Entwicklungsvorgang die reale Grundlage des Prozeßgebäudes, über dem sich Verfolgung und Sachgestaltung als zweckbestimmte Gedankenkonstruktionen wie ein zweigeschossiger Überbau erheben. Alle drei Stockwerke stehen zueinander in dem Verhältnis, dass das nächst höhere jeweils zweckbestimmend für das darunter liegende ist. Die Verfolgung ist demnach Zweck des Verfahrens, und die Sachgestaltung ist Zweck der Verfolgung. Entscheidend für die Parteistellung ist nach Sauer in erster Linie das Verfahren. Unter den Prozeßparteien versteht er daher die Subjekte des Verfahrens, die - im Sinne des zuerst tätigen Teils - eigene oder fremde Interessenverfolgungen dem Gericht zur Entscheidung unterbreiten.¹⁹⁾ Es ist an dieser Stelle kein Raum für eine eingehende Auseinandersetzung mit der Sauer'schen Prozeßkonstruktion. Richtig erscheint uns aber die Erkenntnis, dass der Prozeß seinem Wesen nach einen tatsächlichen Entwicklungsvorgang mit einem zweckbestimmten gedanklichen Überbau darstellt. Die einheitliche Betrachtung und die Abgrenzungsmöglichkeit ist in der zweckbestimmten Ausrichtung des Prozesses auf die Entscheidung zu finden. Dabei braucht hier nicht näher untersucht zu werden, ob es nötig ist, den zweckbestimmten Überbau in zwei verschiedene Entwicklungslinien aufzugliedern. Um eine einseitige Festlegung auf die materiell-rechtliche, statische Betrachtungsweise zu verhindern, genügt es, wenn man sich darüber klar ist, dass der Prozeß ein realer Entwicklungsvorgang unter einem zusammenfassenden zweckbestimmten

18) S. 51 a.a.O.

19) S. 312 a.a.O.

Überbau ist. Hat man diese Gefahr beseitigt, so eröffnen die weiterhin anzustellenden Untersuchungen die Möglichkeit, den Parteibegriff vom Merkmal des Rechtsstreits her fassbarer zu gestalten.

Zusammenfassend lässt sich zum Stand der Lehrmeinungen hinsichtlich des Parteibegriffs folgendes sagen :

- 1) Durchweg herrscht die mehr oder minder klare Erkenntnis, dass die Grunddefinition des formellen Parteibegriffs - Parteien sind die Subjekte des Rechtsschutzbegehrens - einer fassbareren Ausgestaltung bedarf.
- 2) Der geltende Begriff ist einer solchen Ausgestaltung fähig, ohne dass er durch einen anders konstruierten Begriff ersetzt zu werden braucht.
- 3) Eine solche Ausgestaltung kann nur von seiner gegenständlichen Komponente, dem Rechtsstreit her erfolgen.
- 4) Hemmend gegenüber Versuchen einer solchen Ausgestaltung hat sich eine Überbewertung des Gegensatzes : Partei - richtige Partei ausgewirkt.

II. Die Parteibestimmung

Betrachtet man die lehrbuchmässigen Behandlungen dieses Arbeitsgebiets innerhalb der Parteilehre, so vermisst man zunächst die erforderliche Klarheit darüber, welche Fragen an dieser Stelle zu untersuchen sind. So finden wir bei Rosenberg ²⁰⁾ unter der Überschrift " Die Bestimmung der Parteeigenschaft " die Bemerkung, massgebend hierfür sei die von der Rechtsordnung verliehene Rechtsstellung, weil man von der Vermutung ausgehen könne, dass jeder im Prozeß die Stellung einnehme und einnehmen wolle, die ihm nach dem Gesetz zukomme. Und später sagt Rosenberg ²¹⁾ dann, dass es

20) Lehrbuch, S. 150.

21) Lehrbuch, S. 155.

Sache des Klägers sei, die Parteien zu bestimmen. Zur Prozeßpartei werde man durch eine das Verfahren eröffnende Prozeßhandlung. Was hier als Parteibestimmung bezeichnet wird, sind zum grossen Teil Regeln und Vermutungen für die Ermittlung der Partei ; ein Prüfungsvorgang, der mit der Parteibestimmung eng zusammenhängt aber nicht deren Wesen selbst ausmacht.

Die der Parteibestimmung zugrunde liegende Fragestellung muss nämlich lauten : Durch welchen Vorgang erlangt eine beliebige Person die Rechtsstellung einer Prozeßpartei ? Diese Frage wird fast durchweg - ohne nähere Begründung, und bisweilen nur in einem Nebensatz - dahin beantwortet, dass dies durch die Klageerhebung geschehe. Hier scheint es nun doch an eingehenden Prüfungen zu fehlen. Denn offenbar tut man den zweiten Schritt vor dem ersten. Das erforderliche Zwischenglied in dieser Deduktionskette - Erlangung der Parteieigenschaft, Entstehung des Prozesses, Klageerhebung - , nämlich die Prozeßentstehung, bleibt meistens unerwähnt. Dies führt dann dazu, dass gleichzeitig die ordnungsmässige Klageerhebung als Prozeßvoraussetzung - also als innerprozessuales Moment - angesehen wird. Wiederum war es Hein, der auf dieses Fehlen des erforderlichen Zwischengliedes und die daraus resultierende Verquickung von Prozeßentstehung und blossen Prozeßvoraussetzungen aufmerksam machte.

Systematische Untersuchungen über die allgemeinen Regeln der Parteibestimmung - unter Einbeziehung der Prozeßentstehung - finden wir einerseits bei Hein und andererseits in drei Dissertationen von Lettow, Lisch und Lukowski ²²⁾.

22) Hein, Identität, S. 167

Lettow, Die Bestimmung der Partei im Zivilprozeß, Diss. Göttingen 1935, S. 4 ff.

Lisch, S. 21 ff. a.a.O.

Lukowski, S. 14 ff. a.a.O.

Die drei letzt genannten Verfasser sehen als Entstehungstatbestand des Prozesses die Klageerhebung an ; allerdings ohne sich klar zu der Frage zu äussern, ob sie die Ordnungsmässigkeit der Klageerhebung als Prozeßvoraussetzung betrachten, und wie sie evtl. diese beiden Fragen von einander abgrenzen wollen. Auch aus den von ihnen erarbeiteten Ergebnissen lässt sich nicht klar erkennen, wie sie sich in diesem Punkte entscheiden. Alle drei verlangen eine fehlerlose Zustellung zur Vollendung der Klageerhebung, mithin also zur Prozessentstehung. ²³⁾ Das würde dafür sprechen, dass sie die Ordnungsmässigkeit der Klageerhebung nicht als Prozeßvoraussetzung ansehen. Dem widerspricht es aber, wenn Lettow andererseits jemanden als Partei betrachtet, dem die Klage niemals zugestellt worden ist ²⁴⁾. Lisch wiederum meint, dass bei fehlender oder nicht ordnungsmässiger Zustellung die Klage wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen werden müsse ²⁵⁾. Lukowski schließlich verlangt für die Anwendbarkeit des § 335 Ziff. 2 ZPO - Zurückweisung des Antrags auf Erlaß eines Versäumnisurteils beim Fehlen ordnungsmässiger Ladung - sogar ausdrücklich eine ordnungsmässige Klageerhebung ²⁶⁾. Es hat also den Anschein, als ob diese Frage von den genannten Autoren gar nicht eindeutig entschieden worden ist. Solange aber keine Klarheit darüber herrscht, ob die Ordnungsmässigkeit der Klageerhebung als Prozeßvoraussetzung anzusehen ist, und wie gegebenenfalls die Klageerhebung selbst von deren Ordnungsmässigkeit abzugrenzen ist, erscheint der Vorgang der Klageerhebung so unklar, dass man schwerlich mit seiner Hilfe die Entstehung eines Prozesses eindeutig kennzeichnen kann.

Von anderen Schriftstellern sind sichere Abgrenzungsmerk-

23) Lisch, S. 24 a.a.O.
Lukowski, S. 20 a.a.O.
Lettow, S. 16/17 a.a.O.

24) Lettow, S. 19 a.a.O.

25) Lisch, S. 26 a.a.O.

26) Lukowski, S. 20 a.a.O.

male für diese Frage in dem Unterschied zwischen dem Inhalt der Klageschrift und deren Zustellung gesehen worden. Nach Seuffert soll der Inhalt der Klageschrift nur die Ordnungsmässigkeit berühren, für die Entstehung des Prozesses also keine Bedeutung haben. Jeder Fehler der Zustellung dagegen soll die Entstehung eines Prozesses ausschliessen ²⁷⁾. Die gleiche Lösung finden wir bei Kann ²⁸⁾. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man hierin ein sicheres Abgrenzungsmerkmal sehen. Bedenken erheben sich aber sofort, wenn man sich die positiven Bestimmungen des § 253 ZPO über den Inhalt der Klageschrift ansieht. Nach § 253 Abs. 2 ZPO muß die Klageschrift einen gewissen Mindestinhalt haben. Bereits dieser zwingende Charakter der Vorschrift muss Zweifel aufkommen lassen, ob es sich hierbei um eine blosse Prozeßvoraussetzung handeln kann. Dieser Zweifel wird noch erheblich verstärkt, wenn man untersucht, welcher Art dieser erforderliche Mindestinhalt ist. Notwendig ist die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, die bestimmte Angabe von Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruchs und ein bestimmter Antrag. Dieser Mußinhalt ist geeignet, die persönliche und gegenständliche Begrenzung des Rechtsstreits festzulegen. Und da die Vorlage der Klageschrift bei Gericht der zeitlich früheste Vorgang im Prozeß ist, so scheint dieser Inhalt auch dazu bestimmt, die Prozeßgrenzen festzulegen; zumindest aber entscheidend dabei mitzuwirken. Die Festlegung der Grenzen aber muß mit der eigentlichen Prozeßgründung in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Anderenfalls würde ja ein Prozeß zur Entstehung gelangt sein, dessen persönliche und sachliche Grenzen noch nicht festlägen. Aus diesem Grunde aber kann zumindest dieser zwingende Inhalt der Klageschrift wohl nicht zur blossen Ordnungsmässigkeit der Klageerhebung gehören. Legt man die Trennungslinie aber zwischen den Mußinhalt und den bloßen Sollinhalt (Abs. 3 und 4 des § 253 ZPO),

27) Seuffert, 11. Aufl. Anm. 5 u. 6 zu § 253

28) Kann, 3. Aufl. Anm. 4 zu § 253.

so bleibt für die Ordnungsmässigkeit kaum noch etwas übrig, weil Fehler des blossen Sollinhalts so geringe Bedeutung haben, dass sie eine Prozeßabweisung wohl nicht rechtfertigen würden. Weitere Bedenken gegen die Abgrenzung durch Inhalt und Zustellung ergeben sich von Seiten der Zustellung her. Fehler auf dieser Seite können in den verschiedensten Formen und mit durchaus unterschiedlicher Bedeutung auftreten. Die Zustellung kann völlig fehlen, sie kann an eine falsche Person vorgenommen worden sein, es können der richtigen Person falsche Schriftstücke zugestellt worden sein und schließlich kann lediglich die Beurkundung der Zustellung unterblieben oder fehlerhaft vorgenommen sein. Für Sinn und Zweck der Zustellung - nämlich die Sicherung des Zugangs entscheidender Mitteilungen an Personen, für die diese Mitteilungen inhaltlich bestimmt sind - bedeutet es aber einen erheblichen Unterschied, ob die Zustellung selbst oder nur deren Beurkundung unterblieben ist. An alle diese Mängel die gleichen Wirkungen für die Entstehung des Prozesses zu knüpfen, scheint daher unzumutbar. In der Literatur ist man sich auch keineswegs darüber einig, welche Mängel der Zustellung die Klageerhebung ausschliessen. Nach Hellwig²⁹⁾ kann die Zustellung selbst fehlerhaft sein, wenn sie nur den richtigen Adressaten trifft. Pfitzer³⁰⁾ andererseits verlangt - ebenso wie Seuffert - eine völlig fehlerlose Zustellung, wertet also jeden Zustellungsmangel gleich schwer. Klarheit über die Abgrenzung zwischen der Klageerhebung und deren blosser Ordnungsmässigkeit lässt sich von Seiten der Zustellung her nur gewinnen, wenn man jeden Zustellungsmangel die Klageerhebung ausschliessen lässt. Dieser Regelung aber stehen die oben geäußerten Bedenken hinsichtlich der fehlenden Gleichwertigkeit der verschiedenen Mängel entgegen. Der genannte Abgrenzungsversuch muss also von beiden

29) Hellwig, System I. Bd. S. 145 u. 303

30) Pfitzer, Gr. Beitr. Bd. 31 S. 10 ff.

Seiten her erheblichen Zweifeln unterliegen ; sowohl hinsichtlich der Kennzeichnung des Inhalts der Klageschrift als blosser Prozessvoraussetzung als auch hinsichtlich der Annahme, dass die Zustellung in jedem Falle Existenzbedingung der Klageerhebung selbst sei.

Alle diese Schwierigkeiten, die Entstehung des Prozesses an die Klageerhebung zu knüpfen, beruhen darauf, dass die Klageerhebung selbst - nach ihrer positiven Ausgestaltung durch die Prozeßordnung - kein einheitlicher Vorgang ist. Sie erfordert Massnahmen des Gerichts und der beteiligten Privatpersonen. Form und Bedeutung der Beteiligung dieser Stellen sind sehr unterschiedlich. Hieraus entsprang wohl der Wunsch, gewisse Differenzierungen innerhalb des Gesamtvorganges der Klageerhebung zu treffen. Andererseits fehlte es an sicheren Abgrenzungskriterien, deren Vorhandensein aber notwendig wäre, wenn man einen so entscheidenden Vorgang, wie ihn die Prozeßentstehung darstellt, durch die Klageerhebung kennzeichnen wollte.

Diesen Schwierigkeiten entgeht man nur dadurch, dass man die Entstehung des Prozesses an einen eingliedrigen Vorgang knüpft. Wiederum war es Hein, der als einziger diesen Weg gegangen ist. Nach seiner Ansicht wird der Prozeß durch richterliche Klageannahme ins Leben gerufen ³¹⁾.

Diese Klageannahme sieht er im Erlaß der ersten Terminsverfügung. Da die Prozeßordnung den Vorgang der Klageannahme selbst nicht kennt, dieser Akt aber ein - im frühesten Stadium des Prozesses liegender - gerichtsseitiger Akt sein muss, kam in erster Linie die Terminsverfügung hierfür in Frage. Hein ist sich darüber im klaren, dass die Wirkungen der Terminsverfügungen - soweit man deren Inhalt betrachtet - in einen bereits ins Leben gerufenen Prozeß hineinzielen ³²⁾. Insoweit kann der Terminsverfügung also keine

31) Hein, S.167 ff. a.a.O.

32) Hein, S. 169 a.a.O.

prozeßgründende Bedeutung zukommen. Hein knüpft diese daher allein an die Tatsache, dass eine solche Terminsverfügung ergeht, ohne Rücksicht auf deren Inhalt. Demnach handelt es sich um einen Fall der Tatbestandswirkung. Hein sieht das Hauptargument für die prozeßgründende Wirkung der in der Terminsverfügung liegenden richterlichen Klageannahme in den - oben bereits aufgezeigten - Schwierigkeiten für die Klageerhebungstheorie, innerhalb der dazu gehörigen Einzelakte Differenzierungen zu treffen.³³⁾ Dieser Punkt scheint für eine systematische Untersuchung über den Vorgang der Prozeßgründung ausserordentlich wichtig ; und zwar selbst dann noch, wenn die Praxis und die meisten Autoren - trotz eindeutiger Anerkennung der Klageerhebungstheorie - die Folgen einer fehlenden Differenzierung dadurch umgehen, dass sie bei der Entscheidung von Einzelfällen durchweg ein abweisendes Prozeßurteil für richtig halten. Sicher ist damit für die Entscheidung praktischer Fälle ein Ausweg aus dieser Unklarheit gefunden, aber nur auf Kosten eines Bruches im System. Entweder ist die Klageerhebung Existenzbedingung für den Prozeß, dann kann bei ihrem Fehlen kein Urteil ergehen ; oder aber man hält bei mangelhafter Klageerhebung ein abweisendes Prozeßurteil für richtig, dann aber kann diese nicht Existenzbedingung des Prozesses sein.

Eine weitere Begründung für seine Ansicht findet Hein darin, dass bis zum Erlaß der Terminsverfügung keine förmliche Klagerücknahme nötig sei, sondern eine formlose Rückforderung des eingereichten Schriftstücks genüge³⁴⁾.

§ 29 GKG bestimmt für diesen Fall, dass keine Kostenfolgen eintreten. Dass eine formlose Klagerücknahme nur bis zum Zeitpunkt der ersten Terminsverfügung möglich sei - eine Regelung, die nötig wäre, um als Argument für die

33) Hein, S. 181 ff. a.a.O.

34) Hein, S. 168 a.a.O.

Klageannahmetheorie zu dienen - wird aber von der Prozeßordnung nicht ausdrücklich bestimmt. Die Meinungen in Theorie und Praxis sind hier nicht ganz eindeutig ³⁵⁾. Es wird lediglich gesagt, dass eine Klagerücknahme vor der Klageerhebung nicht nötig und logisch auch nicht möglich sei. Demnach soll die formlose Klagerücknahme auch nach der Terminsanberaumung noch möglich sein. Beachtlich ist in diesem Zusammenhang allerdings die positive Regelung des § 29 Abs. 1 GKG. Danach wird im Falle der Klagerücknahme bis zur Terminsverfügung die Prozeßgebühr - also die Gebühr, die nach § 20 Ziff. 1 GKG für das Verfahren im allgemeinen zu zahlen ist - nicht erhoben. Diese Gebühr soll kostenmäßig das allgemeine prozessuale Tätigwerden des Gerichts umfassen. Das lässt den Schluß zu, dass diese Gebühr mit der Prozeßentstehung fällig werden muss. Dies ergibt sich auch aus § 74 GKG, wonach die Gebühr mit der Stellung des Antrags fällig wird, durch den das Verfahren bedingt ist. Entsteht die allgemeine Prozeßgebühr beim Gericht also mit der ersten Terminsverfügung, so kann man hieraus wohl schließen, dass die Verfügung den Prozeß zur Entstehung bringt ; zumindest aber, dass der Prozeß in diesem Zeitpunkt zur Entstehung gelangt. Wird man diesem - aus einer Nebenfolge des Prozesses hergeholten - Argument auch keine selbständige tragende Bedeutung beimessen können, so wird man es doch zur Unterstützung heranziehen können.

Schließlich weist Hein noch auf die Bestimmung des § 335 Ziff. 2 ZPO hin. Wenn der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils beim Fehlen einer ordnungsmässigen Ladung zurückgewiesen werden muss, dann muss seiner Ansicht nach hier ein Prozeß bereits bestanden haben ³⁶⁾. Diese Schlußfolgerung setzt aber voraus, dass bereits die mit der Ladung zum ersten Termin regelmässig verbundene Zustellung

35) Rosenberg, Lehrbuch S. 585
Stein-Jonas-Schönke, Anm. II zu § 271
Baumbach-Lauterbach, Anm. 2) A zu § 271.
36) Hein, S. 178 / 79 (System II) a.a.O.

der Klageschrift unterblieben oder nicht ordnungsgemäss erfolgt ist. Und es ist weiterhin nötig, dass die Bestimmung des § 335 Ziff. 2 ZPO auch diesen besonderen Fall treffen soll. Von den Vertretern der Klageerhebungstheorie - insbesondere von Lukowski und Lisch ³⁷⁾ - wird Hein entgegengehalten, dass § 335 ZPO eine ordnungsgemäss erhobene Klage voraussetze. Eine Begründung für diese Behauptung wird von ihnen allerdings nicht gegeben. Hein dagegen stützt seine Ansicht - wonach § 335 ZPO auch für die Fälle nicht ordnungsmässiger Klageerhebung gelten soll - lediglich darauf, dass die Bestimmung keine ausdrückliche Beschränkung auf die Fälle ordnungsmässiger Klageerhebung enthalte, und dass seine Auslegung des § 335 ZPO gut in sein Prozeßsystem hineinpassee. Sicher enthält § 335 ZPO keine ausdrückliche Beschränkung. Daraus lässt sich jedoch nicht zwingend schliessen, dass die genannte Bestimmung die Fälle des Fehlens ordnungsmässiger Klageerhebung mit umfassen will. Für die Annahme einer nur beschränkten Geltung spricht sehr die Stellung dieser Bestimmung im Gesetz. Sie befindet sich in einem Abschnitt, der lediglich den Sonderfall des Versäumnisverfahrens regelt. Die vorhergehenden Bestimmungen enthalten die besonderen Voraussetzungen für den Erlaß eines Versäumnisurteils. § 335 ZPO enthält gewisse Hindernisse, die dem Erlaß eines solchen entgegenstehen. Der gesamte Abschnitt betrifft damit nur eine spezielle Situation, die ihrem Wesen nach nur innerhalb eines bestehenden Prozesses auftreten kann. Es bedurfte daher keiner ausdrücklichen Beschränkung der Anwendbarkeit des § 335 ZPO, da der gesamte Abschnitt einen ganz anderen Fall regeln soll. Mit der Ablehnung des Arguments aus § 335 Ziff. 2 ZPO wird aber Hein's Theorie nicht etwa der Boden entzogen. Die übrigen von Hein vorgebrachten Argumente haben bereits ein recht erhebliches Gewicht. Zumindest in einem Punkte

37) Lukowski, S. 20 a.a.O.
Lisch, S. 25 a.a.O.

sind sie u.E. stark genug, nämlich um die Haltbarkeit der Klageerhebungstheorie stark zu erschüttern.

Ehe wir zur Frage ihrer Haltbarkeit jedoch eine abschließende Stellungnahme geben können, müssen wir uns noch mit einem Einwand beschäftigen, der die Klageerhebungstheorie wiederum zu stützen scheint. Nach § 263 ZPO begründet die Klageerhebung die Rechtshängigkeit. Bedeutet " Rechtshängigkeit " , dass ein Prozeß vorhanden ist, so müsste die Begründung der Rechtshängigkeit wohl mit der Entstehung des Prozesses zusammenfallen. Hierbei wäre allerdings noch zu untersuchen, ob beide Tatbestände nur zeitlich zusammenfallen, oder ob sie auch einen einheitlichen Vorgang darstellen. Dazu ist es notwendig, sich über das Wesen der Rechtshängigkeit klar zu werden. Die Prozessordnung selbst erläutert diesen Begriff nicht näher. Sie gibt nur deren Wirkungen an. Rein prozessual ist dies zunächst die Möglichkeit einer prozesshindernden Einrede im Sinne des § 274 ZPO und daneben das Bestehenbleiben einer einmal begründeten Zuständigkeit des Prozeßgerichts. Ausserdem kennt das materielle Recht noch gewisse Folgen, wie die Unterbrechung der Verjährung (§ 209 BGB) , den Eintritt einer besonderen Verzinsungspflicht (§ 291 BGB) und die Verschärfung des Haftungsmaßstabes (§§ 989 ff. BGB) . Dies sind die positiv geregelten Folgen der Rechtshängigkeit. Mangels weiterer Bestimmungen, die sich mit ihr befassen, wird man annehmen müssen, dass damit das - nach Ansicht des Gesetzes - Wesentliche über sie gesagt ist. Voraussetzung für eine Gleichstellung des Vorganges der Prozeßentstehung mit dem der Begründung der Rechtshängigkeit wäre demnach, dass die positiv geregelten Folgen der letzteren sich als - ihrem Wesen nach - notwendig mit dem Bestehen eines Prozesses unmittelbar zusammenhängend darstellen würden. Diese Aussage wird man hinsichtlich der materiell-rechtlichen Folgen nicht machen können. Zwar entspricht es praktischen Erwägungen, die Unterbrechung der

Verjährung und auch die anderen materiell-rechtlichen Folgen von der Entstehung der Rechtshängigkeit und damit von der Klageerhebung abhängig zu machen. Ihrem Wesen nach haben diese Umstände mit dem Schweben eines Prozesses jedoch nichts zu tun. Schwieriger wird diese Frage hinsichtlich der prozessualen Wirkungen des § 263 ZPO, weil sie zumindest enger mit dem Prozeß selbst zusammenhängen. Aber auch hier wird man sagen müssen, dass diese Bestimmung in erster Linie eine rein technische Regelung ist, die nicht zwingend aus dem Wesen eines Prozesses folgt. Es erscheint folgerichtig, während des Schwebens eines Prozesses einen zweiten über die gleiche Frage nicht zuzulassen. In der näheren Ausgestaltung aber, wie dieser Umstand geltend zu machen ist, und wie er sich auf den Prozeß auswirkt, zeigt sich bereits der rein technische Charakter dieser Vorschrift. Die Rechtshängigkeit hindert lediglich das Fortschreiten des zweiten Prozesses bis zu seiner sachlichen Entscheidung. Denkbar wäre es auch, dass die Prozeßordnung diese Frage dahin geregelt hätte, einen zweiten Prozess ganz zu verhindern. Und denkbar wäre es andererseits, einen zweiten Prozeß mit zweiter sachlicher Entscheidung zuzulassen. Bedenken könnten hier nur bei der Frage nach der Wirkung zweier - vielleicht einander widersprechender - Entscheidungen entstehen. Diese Schwierigkeiten können aber trotz der durch die Prozeßordnung getroffenen Regelung des § 263 ZPO entstehen, wenn etwa das Schweben eines gleichlaufenden Prozesses dem Gericht nicht erkennbar wird. Daraus folgt u.E., dass die Regelung, wie sie die Prozeßordnung hinsichtlich der Einrede der Rechtshängigkeit trifft, nicht notwendig aus dem Wesen eines Prozesses hervorgeht. Das Gleiche gilt auch für die perpetuatio fori. Man wird also annehmen müssen, dass auch nach der positiven Ausgestaltung durch die Prozeßordnung die Begründung der Rechtshängigkeit und die Entstehung eines Prozesses nicht unbedingt als einheitlicher Vorgang anzusehen sind. Damit verliert das aus § 263 ZPO von den

Vertretern der Klageerhebungstheorie hergeleitete Argument aber bereits erheblich an Gewicht. Möglich wäre es freilich noch, dass die Prozeßordnung beide Vorgänge wenigstens zeitlich zusammenfallen lassen will. Das würde insofern der Klageannahmetheorie entgegenstehen, als nach ihr die Prozeßgründung ja regelmässig zeitlich vor der Vollendung der Klageerhebung - der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten - liegen wird. Auf die Notwendigkeit eines zeitlichen Zusammenfalles könnte wiederum nur - mangels ausdrücklicher Normierung - aus den Wirkungen eines Zusammenfalles oder einer zeitlichen Trennung geschlossen werden. Die materiell-rechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit können hier wohl ausser Betracht bleiben, weil die zeitliche Regelung insoweit durchaus willkürlich erscheint. Das ergibt sich besonders daraus, dass gerade die Unterbrechung der Verjährung an zeitlich verschieden liegende Umstände geknüpft worden ist, wie z. B. die Klageerhebung, die Streitverkündung oder auch die Vornahme von Vollstreckungshandlungen. Für die Einrede der Rechtshängigkeit würde die Anerkennung der Klageannahmetheorie bedeuten, dass ein Prozeß bereits entstanden sein kann, dessen Schweben jedoch in einem später anhängig gemachten Prozeß nicht nach § 274 ZPO geltend gemacht werden kann, weil vielleicht die Klageschrift des ersten Prozesses dem Beklagten noch nicht zugestellt ist. Praktisch bedeutungsvoll wird diese Frage in dem regelmässig sehr kurzen Zeitraum zwischen dem Erlaß der Terminsverfügung und der Zustellung der Klageschrift werden. Im Einzelfall kann dieser Zeitraum allerdings auch grösser werden, wenn die Zustellung versehentlich unterblieben ist oder an unheilbaren Mängeln leidet. Hierzu ist zunächst zu sagen, dass der Beklagte regelmässig die Einrede der Rechtshängigkeit im zweiten Prozeß praktisch schon deshalb wird gar nicht erheben können, weil er - mangels Zustellung an ihn - vom Schweben des ersten Prozesses keine Kenntnis hat. Sollte er in einzelnen Fällen doch Kenntnis davon haben, so könnte er allerdings mit

der Einrede nicht durchdringen, weil der erste Prozeß noch nicht rechtshängig ist. In diesem Falle erscheint es aber durchaus folgerichtig, die Einrede nicht zu geben. Denn der zweite Prozeß bietet - weil die Klage bereits zugestellt ist - in diesem Zeitpunkt die grösseren Garantien für eine sachlich richtige Entscheidung. Wird die erste Klage später zugestellt, so bleibt ihm die Möglichkeit, hier nunmehr die Einrede zu erheben. Was sonst im zweiten Prozeß geschehen wäre - Abweisung der Klage wegen Vorliegens eines Prozeßhindernisses - das geschieht dann im ersten Prozeß. Eine Beeinträchtigung der Parteien oder eine Mehrbelastung des Gerichts ergibt sich also aus dieser Regelung nicht. Daraus wird man folgern können, dass ein zeitliches Zusammenfallen der Prozeßgründung und des Eintritts der Rechtshängigkeit nicht notwendig ist.

In diesem Zusammenhang ist auf eine neuere Entscheidung des Bundesgerichtshofes ³⁸⁾ zu verweisen, die sich mit der Frage beschäftigt, ob die Zustellung der Klageschrift eine wirksame Klageerhebung zur Folge hat, wenn zu dieser Zeit noch keine Terminsverfügung ergangen ist. Der BGH bejaht diese Frage in Übereinstimmung mit Arndt (DRiZ 1952, S.130) und Stein-Jonas-Schönke (Anm. IV zu § 253) . Wenn diese Entscheidung auch nichts darüber sagt, wodurch und zu welchem Zeitpunkt ein Prozeß entsteht, so erklärt sie doch eindeutig, dass die Terminsverfügung - nach Hein die Existenzbedingung für den Prozeß - und die Klageerhebung - die Voraussetzung für den Eintritt der Rechtshängigkeit - zwei getrennt zu beurteilende Akte sind. Dann aber müssen wohl auch deren Wirkungen - Prozeßgründung einerseits und Eintritt der Rechtshängigkeit andererseits - verschiedenartige Vorgänge betreffen. Demnach widersprechen wohl die untersuchten Bestimmungen der §§ 263, 274 ZPO einer Prozeßgründung durch richterliche Klageannahme nicht. Auf keinen Fall

38) BGH vom 21. Nov. 1953, IV ZR 130/52, abgedr. in JZ 1954, S. 333.

aber lassen sich die genannten Bestimmungen zur Unterstützung der Klageerhebungstheorie verwenden.

Zusammenfassend lässt sich also über die Parteibestimmung folgendes sagen :

- 1) Die der Parteibestimmung zugrunde liegende Fragestellung ist vielfach nicht klar erfasst, zumindest aber nicht deutlich herausgestellt worden. Auf die Bedeutung des Zwischengliedes - die Entstehung des Prozesses - wird im Rahmen dieser Frage zu wenig Wert gelegt.
- 2) Knüpft man die Prozeßgründung an die Klageerhebung, so entstehen erhebliche Schwierigkeiten bei der Suche nach einem sicheren Abgrenzungsmerkmal gegenüber der bloßen Ordnungsmässigkeit der Klageerhebung.
- 3) Die positiven Bestimmungen der Prozeßordnung hinsichtlich der Rechtshängigkeit schließen eine Prozeßgründung durch Klageannahme nicht aus.
- 4) Für eine sichere Abgrenzung der Prozeßentstehung von den blossen Prozeßvoraussetzungen, wie auch mit Rücksicht auf die systematische Bedeutung der Prozeßgründung, erscheint es nötig, diese an einen eingliedrigen Akt zu knüpfen.

III. Die Parteiermittlung

Die Parteiermittlung umfasst die Regeln, nach denen man feststellen kann, welche bestimmte Person in einem bestimmten Prozeß die Rechtsstellung der Partei erlangt hat. Systematisch ist zu dieser Fragestellung zu sagen, dass sie in praxi regelmässig dahin lauten muss, welche bestimmte Person in einem Prozeß die Parteistellung erlangt haben könnte. Treten in einem Prozeß Zweifel in dieser Richtung auf,

so werden diese sich regelmässig auch auf die Frage der Prozeßgründung selbst erstrecken, weil man nach der Ermittlung einer als Partei in Frage kommenden Person fast stets weiter forschen muss, ob zwischen dieser Person und einer anderen - vielleicht von vornherein feststehenden - tatsächlich ein Prozeß zustande gekommen ist. Es zeigt sich also, dass Parteibestimmung und Parteiermittlung zwar systematisch auseinander zu halten sind, dass beide Fragen in der Praxis jedoch fast stets vereint auftreten. Es muss daher zu widersprechenden Ergebnissen führen, wenn man die Untersuchungen auf diesen beiden Gebieten völlig getrennt voneinander und ohne gegenseitige Fühlungnahme durchführt. Dies zeigt sich deutlich an der Arbeit von Lettow. In seinem Abschnitt über die Parteibestimmung vertritt dieser die Klageerhebungstheorie und verlangt zur Prozeßgründung ausdrücklich die Zustellung an die als Beklagten in Frage kommende Person. Bei seinen Untersuchungen über die Parteiermittlung aber sieht er dann eine Person als Beklagten an, weil sie - im Sinne der Erklärungstheorie - in der Klageschrift objektiv erkennbar bezeichnet ist, obwohl dieser die Klage niemals zugestellt worden ist ; ein Ergebnis, das zwar mit seinen Ausführungen über die Parteiermittlung in Einklang steht, denen über die Parteibestimmung aber eindeutig widerspricht ³⁹⁾. Hinsichtlich des Inhalts der Parteiermittlungsregeln besteht - oder besser gesagt : bestand - Streit zwischen den Vertretern der Willenstheorie , der Handlungstheorie und der Erklärungstheorie, woraus heute die letztere als fast absolut herrschende Ansicht hervorgegangen ist. Als hauptsächlichsten und vor allen Dingen eindeutigsten Vertreter der Willenstheorie wird man Kisch ⁴⁰⁾ anzusehen haben. Nach Kisch ist Partei " nicht notwendig diejenige

39) Lettow, S. 16 u. S. 19 a.a.O.

40) Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß.

Person, die in der Klageschrift genannt ist, sondern diejenige, die als Partei vom Kläger gewollt ist " . 41)

Weiterhin erklärt Kisch : " Partei ist diejenige Person, die von der Klägerseite als solche gewollt ist, auch wenn sie es nur infolge eines Irrtums gewollt ist und bei Kenntnis der Sachlage nicht gewollt sein würde " . 42) In einer späteren Arbeit 43)

schränkt Kisch diese Ansicht zwar insofern ein, als der Wille des Klägers nur in Zweifelsfällen entscheidend sein soll. Da er sich dabei aber nicht positiv darüber äussert, wonach die Ermittlung der Partei in allen unzweifelhaften Fällen erfolgen soll, wird man ihn nach wie vor als Vertreter der Willenstheorie ansehen müssen. Gegen Kisch ist zunächst zu sagen, dass sich mit Hilfe seiner Theorie nur die Person des Beklagten ermitteln lässt. Um die Richtung eines bestimmten Willens feststellen zu können, muss vorher ja der Inhalt und der Urheber dieses Willens bekannt sein. Damit scheidet diese Methode für die Ermittlung der Person des Klägers aus. Wollte man dagegen für die Ermittlung der Parteien den Willen des tatsächlichen Urhebers der Klageschrift - ohne Rücksicht darauf, ob er der Kläger ist - verwenden, so wäre die vorherige Ermittlung dieser Person nötig. Das käme dann auf eine ganze Kette von Personenermittlungen heraus. Kisch gibt zwar ausdrücklich zu, daß auch auf der Klägerseite Zweifel auftreten können 44)

Er unterlässt es aber, die von ihm aufgestellten Ermittlungsregeln an den auf der Klägerseite auftretenden Zweifelsfällen auf ihre Brauchbarkeit zu prüfen. Noch entschiedener gegen die Willenstheorie aber spricht die Unsicherheit, die sich bei der Parteiermittlung bemerkbar

41) Kisch, S. 525 a.a.O.

42) Kisch, S. 526 a.a.O.

43) Kisch, Das Reichsgericht und der Parteibegriff ; Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des RG ; VI. Bd. S. 1 Fußnote 1.

44) Kisch, S. 524 a.a.O.

machen muss, wenn man diese von dem inneren - oft gar nicht zum Ausdruck gekommenen - Willen einer Person abhängig macht. Diese Unsicherheit im Verfahren der Parteiermittlung steht in keinem Verhältnis zu der Wichtigkeit ihres Ergebnisses für den gesamten Prozeß. Offenbar aus dieser Erkenntnis heraus ist die Willenstheorie auch nur von Kisch in dieser scharfen Form vertreten worden. Oertmann ⁴⁵⁾, Lippmann ⁴⁶⁾ und Fränkel ⁴⁷⁾ lassen gewisse Ansatzpunkte in Richtung auf die Willenstheorie erkennen, wenn sie in einer Stellungnahme zu einem viel umstrittenen Ehescheidungsurteil die Ehefrau zur Partei erklären, weil der Kläger gegen sie habe klagen wollen. Da in diesem Falle aber die Parteibezeichnung nur auf die Ehefrau passte, ist es wohl möglich, dass es diesen Autoren in Wirklichkeit weniger auf die Meinung des Klägers als auf deren äusserliche Erkennbarkeit ankam.

Eindeutige Stellungnahmen für die Willenstheorie in Gerichtsentscheidungen finden wir nur in zwei Fällen beim Kammergericht ⁴⁸⁾. In diesen Fällen erklärt das KG diejenige Person zur Partei, die der Kläger gemeint hat. Beide Entscheidungen lassen indessen eine Begründung für ihre Stellungnahme vermissen. Die Entscheidungen des OLG Köln ⁴⁹⁾ und des OLG Hamburg ⁵⁰⁾ dagegen enthalten keine klare Stellungnahme. Köln will zunächst die Person als Partei ansehen, auf die sich die Erklärung objektiv bezieht. Bei Zweideutigkeit dieser Erklärung jedoch betrachtet es die Person als Partei, die der Kläger als solche gewollt hat. Das OLG führt in seiner Begründung aber weiter aus, es sei auch erklärt worden, dass diese Person ihr Geschäftslokal an einem bestimmten Platz habe.

45) Oertmann, Namens- und Personenverwechslung im Zivilprozeß, DJZ 1906, S. 735.

46) Lippmann, Prozessieren unter falschem Namen, DJZ 1906, S. 422.

47) Fränkel, Namens-, Personen- und Parteiverwechslung im Prozeß, DJZ 1907 S. 294.

48) KG in LZ 1914 S. 1234 und in KGBI. Bd. 6 S. 53.

49) OLG Köln in JW 1928 S. 742.

50) OLG Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 82 Nr. 71.

Und dieser erklärte Umstand trifft nur für die Person zu, die das OLG als Partei betrachtet, " weil es der Kläger gewollt habe " . Bei dieser Form der Begründung ist es nicht klar, ob das OLG auf die Meinung des Klägers schlechthin oder nur auf deren erkennbar gewordenen Inhalt abstellt. Ähnlich mehrdeutig ist auch die vom OLG Hamburg gegebene Stellungnahme zu diesem Punkt.

Wir haben feststellen müssen, dass die Vertreter der Willenstheorie - zumindest in ihrer eindeutigen Ausprägung - keine Begründung für ihre Ansicht geben. Eine solche ließe sich allenfalls aus der Überlegung herleiten, dass eine Berücksichtigung des Willens des Klägers - selbst wenn dieser nicht erkennbar geworden ist - dessen Interesse an einer möglichst richtigen Beantwortung der dem Gericht vorgelegten Frage am meisten gerecht würde ; ein Gesichtspunkt, der aus der materiellen Gerechtigkeit folgt. Dem steht aber die oben bereits erwähnte prozessuale Unsicherheit hinsichtlich der Klarstellung der prozessbeteiligten Personen entgegen. Diesem - dem Gedanken der Rechtssicherheit entnommenen - Moment muss hier das grössere Gewicht beigelegt werden. Daher ist die Willenstheorie als praktisch unbrauchbar abzulehnen.

Die Handlungstheorie knüpft die Parteiermittlung an das tatsächliche Handeln von Personen im Prozeß an. Da die Ermittlung der Prozeßpartei aber auf den Zeitpunkt der Prozeßentstehung zurückbezogen werden muß, käme nur ein Handeln in diesem Zeitpunkt in Frage. Für die Person des Klägers wäre demnach die Anfertigung und Einreichung der Klagschrift entscheidend. Für die Person des Beklagten müsste man auf die Entgegennahme der Zustellung abstellen. In diesem Sinne wird die Handlungstheorie von Hellwig ⁵¹⁾

51) Lehrbuch, II. Bd. S. 311,
System, I. Bd. S. 143,
DJZ 1906 S. 68.

und anscheinend auch von Baumbach-Lauterbach ⁵²⁾ vertreten. Hellwig begründet seine Ansicht damit, dass es anderenfalls an einer Prozeßpartei fehlen könnte, wenn z. B. ein Träger des in der Klageschrift angegebenen Namens nicht vorhanden wäre. Seine Ansicht geht offenbar dahin, dass nur ein Abstellen auf das tatsächliche Handeln vor der Schwierigkeit bewahren könne, dass es in einzelnen Fällen an einer Prozeßpartei völlig fehle. Dem ist entgegenzuhalten dass wohl auch seine Lösung diese Gefahr nicht völlig ausschliessen kann, weil es ja Prozesse gibt, in denen nur ein Rechtsanwalt tatsächlich handelnd auftritt. Dass in diesen Fällen der Anwalt selbst Partei sei, wird auch von Hellwig nicht behauptet. Eine Rückbeziehung des anwaltlichen Handelns auf den hinter dem Anwalt stehenden Auftraggebers ist aber insofern unmöglich, als es sich dabei um rein tatsächliche Vorgänge handelt und Gesichtspunkte der Vertretung nicht verwendet werden können. Grundsätzlich ist an der Handlungstheorie auszusetzen, daß sie in vielen Fällen zu keiner klaren Ermittlung führen wird. Abgesehen von der Möglichkeit anwaltlichen Handelns kann es auch vorkommen, dass bei der Anfertigung und Einreichung der Klageschrift verschiedene Personen tätig werden. Welches soll hierbei die entscheidende Tätigkeit sein ; das Entwerfen, das Niederschreiben, das Unterschreiben oder das Einwerfen in den Gerichtsbriefkasten ? Sicher lässt sich innerhalb dieser Handlungen eine Abstufung nach ihrer Bedeutung treffen und lässt sich eine Handlung als die entscheidende herausstellen. Dazu aber muss man die tatsächlichen Vorgänge einer rechtlichen Würdigung unterwerfen. Eine derartige Wertung aber wird von den Vertretern der Handlungstheorie nicht vorgenommen ; offenbar um das Gewicht des von ihnen benutzten - rein tatsächlichen - Ausgangspunktes nicht zu verringern.

52) Gr. § 50, Anm. 2) A.

Selbst wenn man aber innerhalb der verschiedenen Handlungen eine entscheidende herausgestellt hätte, bliebe die Möglichkeit, daß gerade diese durch einen Vertreter vorgenommen wäre. Ähnliche Schwierigkeiten können auf Seiten des Beklagten auftreten, wenn nicht dieser selbst die Zustellung entgegengenommen hat. Alle diese schwerwiegenden Bedenken lassen sich wohl kaum mit dem von Fraeb ⁵³⁾ stammenden Einwand beschwichtigen, dass der Prozeß doch letztlich von Personen geführt werde und nicht von irgendwelchen Individualitätsmerkmalen ; dass aber die Person selbst und deren Auftreten entscheidend sein müsse für die Parteiermittlung, nicht aber deren bloßer Name. Sicher wird ein Prozeß von einer Person geführt. Das aber kann keine beliebige Person sein, sondern nur eine solche, die dem Gericht so hinreichend deutlich vorgestellt ist, dass es für diese Person eine Entscheidung fällen kann. Ein - vielleicht völlig anonymes - Handeln kann damit nicht entscheidend sein für die Parteiermittlung. Auch die Handlungstheorie führt damit in ihrer praktischen Anwendung im Prozeß nicht zu der erforderlichen Klarheit über die beteiligten Personen.

Der gegen die beiden abgelehnten Theorien erhobene Vorwurf der praktischen Unbrauchbarkeit trifft die Erklärungstheorie nicht. Nach dieser Theorie sind die Prozeßparteien aus der Bezeichnung in der Klageschrift zu ermitteln. Parteien werden also diejenigen Personen, die durch die Personenbezeichnung in der Klageschrift objektiv individualisiert werden. Diese Theorie wird heute im Schrifttum und in den Gerichtsentscheidungen fast einheitlich vertreten. Sie hat den Vorteil, dass die Partei-

53) Fraeb, Unrichtige Parteibezeichnung und Prozessieren unter falschem Namen ; Der Gerichtssaal Bd. 96 S.468.

ermittlung an einen erkennbaren und regelmässig klar verständlichen Umstand anknüpft. Als Vorgang der Identitätsfeststellung bedient diese Theorie sich damit solcher Äusserungen, die gerade für diese Feststellung besonders geeignet sind, weil sie die üblichen Identitätsbezeichnungen, wie Namen, Stand, Anschrift usw. enthalten. Der von der Erklärungstheorie verwendete Ausgangspunkt ist aber zur Parteiermittlung nicht nur besonders geeignet, sondern er ist vom Gesetz auch hierzu bestimmt. Nach § 253 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO muss die Klageschrift die Bezeichnung der Parteien enthalten. Schon dass es sich dabei um eine Mussvorschrift handelt, lässt erkennen, welchen Wert die Prozeßordnung dieser Bezeichnung beilegt. Das wird aber noch deutlicher, wenn man in diesem Zusammenhang die Wichtigkeit der Klageschrift selbst für den gesamten Prozeß betrachtet. Legt der Kläger nämlich mit der Klage dem Gericht eine Frage zur Beantwortung vor, so muss diese Frage - um eine klare Antwort zu ermöglichen - in persönlicher und gegenständlicher Hinsicht zweifelsfrei abgegrenzt sein. Um eine solch klare Abgrenzung hinsichtlich der Personen zu erreichen, muss daher die Parteibezeichnung in der Klageschrift dem positiven Zweck dienen, die persönlichen Grenzen der gestellten Frage festzulegen. Aus der allgemeinen prozessualen Bedeutung der Klageschrift muss man daher folgern, dass die von der Prozeßordnung verlangte Parteibezeichnung die Wirkung besitzt, die Parteien festzulegen. Damit entspricht die von der Erklärungstheorie verwendete Methode der Parteiermittlung den Bestimmungen der Prozeßordnung.

Es darf an dieser Stelle allerdings nicht verschwiegen werden, dass auch diese Methode in einzelnen Fällen zu Schwierigkeiten führen kann. Dem Vorteil eines sicheren Anknüpfungspunktes in Gestalt der Parteibezeichnung steht der Nachteil gegenüber, dass jetztlich eben doch von Identitätsmerkmalen ausgegangen wird und nicht von der

handelnden Person selbst. Die vorhandene Bezeichnung kann u. U. eine bestimmte Person nicht eindeutig identifizieren oder vielleicht auch nur auf eine gar nicht vorhandene Person passen. Damit scheinen hier die gleichen Schwierigkeiten aufzutreten, die zur Ablehnung der übrigen Theorien geführt haben. Die Vertreter der Erklärungstheorie helfen diesem Übel auf dem Umweg über eine Auslegung der Parteibezeichnung ab. Meist betrachten sie die Klageschrift mit ihren darin enthaltenen Behauptungen als eine Willenserklärung. Mit Hilfe der Auslegung lässt sich dann neben dem ausdrücklichen Wortlaut der Erklärung auch der Wille ihres Urhebers verwenden, sofern er nur irgendwie zum Ausdruck gekommen ist. Diese Auslegungsmöglichkeit der Klageschrift stellt einen erheblichen Vorteil der Erklärungstheorie gegenüber den anderen beiden Theorien dar. Der Handlungstheorie - mit ihrer Anknüpfung an rein tatsächliche Vorgänge - muss eine Verwendung des hinter den Tatsachen stehenden Willens verschlossen bleiben. Die Willenstheorie mit ihrer einseitigen Festlegung auf die rein inneren Vorgänge wiederum kann sichtbare Momente nicht verwenden. Die grösseren und besseren Möglichkeiten sind es also, die die Erklärungstheorie auszeichnen.

Einige Bedenken können sich lediglich daraus ergeben, daß die Klageschrift ohne weiteres als Willenserklärung angesehen wird. Es erscheint zweifelhaft, ob man dies tun kann, wenn man - wie wir es getan haben - den Prozeß nicht als Rechtsverhältnis betrachtet. Dennoch wird man hieraus keine grundsätzlichen Bedenken herleiten müssen, da die Klageschrift auf jeden Fall eine Sinnesäusserung darstellt. Auch Sinnesäusserungen aber sind einer Auslegung fähig. Die Anerkennung der Erklärungstheorie - oder besser der " Sinnestheorie " , um allen Mißverständnissen vorzubeugen - stellt also keinen Widerspruch zu der von uns verwandten Prozeßkonstruktion dar.

Eine weitere Frage aus dem Gebiete der Parteiermittlung ist diejenige nach den Fällen, in denen eine Auslegung der Klageschrift möglich und nötig ist. Die Stellungnahme der herrschenden Meinung zu dieser Frage geht dahin, dass eine Auslegung möglich und nötig sei, solange hierdurch keine neue Person in den Prozeß eingeführt werde ⁵⁴⁾. Sobald eine neue Person auftrete, liege eine Parteiänderung vor und sei damit eine Auslegung nicht mehr möglich, während im ersten Falle eine bloße Parteiberichtigung vorliege. Dem wird man entgegenhalten müssen, daß es schwierig sein wird zu unterscheiden, wann eine neue Person in den Prozeß eingeführt wird und wann nicht, wenn - wie hier ja vorausgesetzt - noch keine Person eindeutig als Partei herausgestellt ist. Solange noch keine bestimmte Person als Partei ermittelt ist, lässt sich gar nicht sagen, ob die Ermittlung aufgrund einer Auslegung die gleiche oder eine neue Person trifft.

Eine andere Unterscheidung gibt Lettow ⁵⁵⁾. Danach soll die Auslegung in all den Fällen nötig sein, in denen die Parteibezeichnung mehrdeutig ist, weil sie verschiedene Personen treffen kann, oder falsch ist, weil sie gar keine vorhandene Person trifft. Unnötig dagegen sei eine Auslegung in den Fällen der offensichtlichen Fehlbezeichnung, da es sich dann um eine unschädliche falsa demonstratio handele. Richtig hieran ist sicher der Ausgangspunkt, dass eine mehrdeutige oder falsche Bezeichnung vorliegen muss. Unklar bleibt aber, wie Lettow hiervon die Fälle der offensichtlichen Fehlbezeichnung abgrenzen will, da eine unschädliche falsa demonstratio ja voraussetzt, dass nicht nur die Tatsache der Fehlbezeich-

54) Kisch, Parteiänderung S. 524
Rosenberg, Lehrbuch S. 162
Stein-Jonas-Schönke, Anm. III 3 vor § 50.
55) Lettow, S. 22 a.a.O.

nung, sondern auch die in Wahrheit gemeinte Person bekannt ist. Die der Parteibezeichnung dienenden Aussagen in der Klageschrift sind aber auf den denkbar kürzesten Nenner gebracht. Enthalten diese einen Fehler - selbst wenn es sich um einen bloßen Schreibfehler handelt -, so ist die Bezeichnung falsch oder unklar. Wodurch soll hier - im Rahmen dieser kurzen Äußerungen - der Fehler offensichtlich werden? Um ihn offensichtlich zu machen, ist doch in jedem Falle eine Heranziehung anderer Umstände nötig. Dann aber liegt bereits eine Auslegung vor. Es zeigt sich, dass Fehler in der Parteibezeichnung - sofern überhaupt möglich - immer nur durch Auslegung berichtigt werden können. Scheidet also die Möglichkeit einer unschädlichen falsa demonstratio in der Parteibezeichnung aus, so ist die Auslegung in all den Fällen möglich und nötig, in denen die Bezeichnung insofern fehlerhaft ist, als sie auf mehrere Personen oder auf gar keine passt.

Als Momente, die zur Auslegung herangezogen werden können, kommen der übrige Inhalt der Klageschrift - abgesehen von der eigentlichen Parteibezeichnung - und die sonstigen prozessualen Erklärungen in Frage. Streit herrscht in diesem Zusammenhang darüber, ob die verwendbaren Momente bereits im Augenblick der Prozeßgründung vorliegen müssen, oder ob ihr späteres Auftreten im Prozeß genügt; wie z.B. Erklärungen und Schriftsätze innerhalb eines bereits entstandenen Prozesses, die einen Rückschluß auf die gesuchte Partei zulassen. So sieht z.B. das Reichsgericht ⁵⁶⁾ die gegen eine OHG erhobene Klage, wenn sich nachträglich herausstellt, dass unter dieser Firma ein Einzelkaufmann tätig ist, als gegen diesen erhoben an. Und das OLG Hamburg ⁵⁷⁾ erblickt in einer - unter dem

56) RG in RGZ Bd. 157 S. 369; Bd. 57 S. 17;
Bd. 86 S. 65,

57) OLG Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 49 S. 463.

Namen eines Einzelkaufmanns erhobenen - Klage eine solche der OHG, nachdem der Anwalt des Klägers die eindeutige Erklärung abgegeben hat, dass er für die - unter der Firma des Einzelkaufmanns handelnde - OHG klagen wollen. Nun wird man allerdings sagen müssen, dass die Fälle der Klageerhebung unter einer Firmenbezeichnung insofern eine gewisse Sonderstellung einnehmen, als dafür die Sondervorschriften des Handelsrechts eingreifen, wonach Kaufleute und Handelsgesellschaften unter ihrer Firma klagen und verklagt werden können. Eine nachträgliche Klarstellung, welche Person hinter der - in der Parteibezeichnung allein angeführten - Firma steckt, stellt damit keinen eigentlichen Auslegungsfall dar, weil die Partei von vornherein in zulässiger Weise richtig bezeichnet worden ist, während in den sonstigen Fällen die Partei gerade nicht richtig bezeichnet war. Für den Vorgang der Parteiermittlung selbst aber liegen die Fälle deswegen gleich, weil das Gericht jedesmal zunächst eine unklare oder falsche Vorstellung von der am Prozeß beteiligten Person hat. Demnach kann es für die Frage des Zeitpunktes, in dem die zur Auslegung verwendbaren Momente vorliegen müssen, auf die Besonderheit der Firmenprozesse wohl nicht ankommen. Man wird hieraus folgern können, dass die angeführten Gerichtsentscheidungen, wonach auch später auftretende Momente verwendbar sind, nicht nur für Firmenprozesse gelten. Im Rahmen lehrbuchmässiger Darstellungen geht man im systematischen Zusammenhang auf diese Frage meist nicht näher ein. Dieses Schweigen muss insofern zu Zweifeln Anlaß geben, als die Lehrbücher andererseits im Zusammenhang mit ihren Ausführungen über die Zustellung meist erklären, die Zustellung solle die Partei nicht suchen sondern sie nur finden ⁵⁸⁾. Irgend eine Begründung dafür oder ein Hinweis darauf, dass es sich hierbei um die Prüfung der Frage handle, welche Momente neben

58) Rosenberg, Lehrbuxh S. 161
Baumbach-Lauterbach, Gr. § 50, Anm. 2) F,

der eigentlichen Parteibezeichnung für die Ermittlung verwendbar wären, fehlt meist dabei.

Eine von der herrschenden Meinung abweichende Ansicht vertritt auch hier wiederum Hein ⁵⁹⁾. Danach gehören die Vorgänge innerhalb der mündlichen Verhandlung nicht zu den Momenten, die für die Parteiermittlung herangezogen werden können. Diese Vorgänge müssten vielmehr vom Gericht daraufhin untersucht werden, ob sie sich personell mit den zum Beginn des Prozesses durch den Inhalt der Klageschrift festgelegten Parteien decken. Daran ist sicher richtig, daß Voraussetzung für eine eingehende Untersuchung und eine klare und inhaltlich richtige Entscheidung eine sichere Vorstellung des Gerichts von den Personen ist, für die diese Entscheidung gelten soll. Bedenklich aber muss an Hein's Ansicht stimmen, dass er damit die Möglichkeit einer eindeutigen Parteiermittlung sehr einengt. Kann doch mitunter gerade erst die mündliche Verhandlung Anlaß zu Zweifeln und zur anschliessenden Klarstellung dieses Punktes geben. Läßt man aber - wie Hein es tut - Vorgänge aus der mündlichen Verhandlung für diese Klarstellung keine Verwendung finden, so muss das zu einer unnötigen Mehrbelastung der Gerichte führen. Es wäre dann nämlich in jedem Falle eine neue Klageerhebung und ein neuer Prozeß nötig. Ein solches Verfahren muss sich als unpraktisch erweisen. Es entspricht daher unabweisbaren praktischen Gesichtspunkten, wenn man auch nachträgliche Vorgänge zur Auslegung der Klageschrift im Rahmen der Parteiermittlung heranzieht. Gewisse Einschränkungen sind andererseits aber nötig, um den erforderlichen sicheren Ausgangspunkt für die Entscheidung des Prozesses zu finden.

Nach Rosenberg und Stein-Jonas-Schönke soll für die Auslegung auch die materielle Berechtigung der in Frage kom-

59) Hein, S. 66/67 a.a.O.

menden Person massgebend sein ⁶⁰⁾. Das muss insofern bedenkl. stimmen, als hier völlig verschiedene Prüfungsmethoden miteinander verquickt werden. Die Verwendung der Parteibezeichnung in der Klageschrift ist eine rein formelle Methode. Zieht man jetzt zur Auslegung die materielle Berechtigung mit heran, so legt man in die Parteiermittlung ein völlig neues, materielles Element hinein. Eine solche Verquickung muss daher auf methodische Bedenken stossen. Lisch ⁶¹⁾ hat den Versuch unternommen, die Richtung des Zustellungsaktes für die Entscheidung dieser Frage zu verwenden. Er argumentiert dabei mit der verbreiteten Ansicht ⁶²⁾, dass der Empfänger einer fehlgeleiteten Zustellung - obwohl er nicht Partei geworden sei - doch gewisse prozessuale Rechte besässe. Seine weiteren Untersuchungen gehen dabei von der - im einzelnen nicht näher begründeten - Behauptung aus, dass prozessuale Rechte nur der wirklichen Prozeßpartei zustehen könnten. Entweder wäre der Empfänger einer Fehlzustellung nicht Partei, dann könne er auch keinerlei prozessuale Handlungen vornehmen, oder aber er sei zur Vornahme solcher Handlungen berechtigt, dann sei er auch Partei geworden. Da man aber nach Überwiegender Meinung dem Empfänger gewisse prozessuale Rechte zubillige, müsse er Partei geworden sein. Und folglich müsse die Richtung des Zustellungsaktes für die Parteiermittlung bedeutsam sein. Der Fehler in dieser Begründung liegt offensichtlich in der Behauptung, dass jede wirksame Prozeßtätigkeit nur bei den Prozeßparteien liegen könne. Die Prozeßordnung kennt neben den eigentlichen Parteien - dem Kläger und dem Beklagten - noch einen weiteren Kreis von prozeßbeteiligten Privat-

60) Rosenberg, Lehrbuch S. 156
Stein-Jonas-Schönke, Anm. III 1 a vor § 50.

61) Lisch, S. 31/32 a.a.O..

62) Hellwig, Lehrbuch II. Bd. S. 25
Stein-Jonas-Schönke, Anm. III 3 vor § 50
Baumbach-Lauterbach. Gr. § 50 Anm. 2) F.

personen ; so z.B. im Falle der Nebenintervention und des Zwischenstreits mit Dritten. Ein prozessuales Auftreten von Personen, die nicht zu den Parteien im engeren Sinne gehören, ist also mit dem Gesetz vereinbar. Damit aber fällt Lisch's Begründung für die parteiermittelnde Bedeutung der Zustellungsrichtung in sich zusammen.

Die Ergebnisse unserer bisherigen kritischen Untersuchungen zur Parteiermittlung sind damit - kurz zusammengefaßt - folgende :

- 1) Die der Parteiermittlung systematisch zugrunde liegende Fragestellung tritt in praxi nur in der Form auf, dass nach den für einen bestimmten Prozeß als Parteien in Frage kommenden Personen zu suchen ist.
- 2) Einen praktisch brauchbaren Ausgangspunkt für diese Fragestellung bietet lediglich die Parteibezeichnung in der Klageschrift.
- 3) Führt diese Bezeichnung nicht zur eindeutigen Ermittlung einer bestimmten Person, so ist eine Auslegung möglich und nötig.
- 4) Zur Auslegung können auch Umstände herangezogen werden, die zeitlich erst nach der Prozeßgründung auftreten. Eine gewisse Einschränkung ist jedoch nötig, um einen sicheren persönlichen Ausgangspunkt für die Prüfung und Entscheidung des Prozesses zu geben.

C. Der systematische Aufbau

I. Zum Parteibegriff

Unsere im ersten Teil der Arbeit angestellten Untersuchungen zum Parteibegriff schlossen mit der Feststellung ab, dass der geltende Begriff an sich praktisch verwendbar ist, dass eine fassbarere Ausgestaltung des Arbeitens mit ihm je-

doch sehr erleichtern würde. Für eine solche Ausgestaltung als geeignet hat sich lediglich die gegenständliche Komponente des Begriffs erwiesen. Sucht man nun nach einem Wege, so muss man auf die Forderung nach praktischer Verwendbarkeit des Begriffes für die Frage der Parteibestimmung zurückgehen. Will man dieser Forderung gerecht werden, so kann die Verwertung der gegenständlichen Komponente nur in der Weise erfolgen, dass man die Frage der Parteibestimmung und die damit zusammenhängende Frage der Prozeßentstehung näher untersucht. Die mit der Parteibestimmung zusammenhängenden Prüfungen müssen also systematisch vorweggenommen werden, wenn man nicht der Gefahr erliegen will, eine formelhafte Abkürzung für den Parteibegriff aufzustellen, die dann mehr oder weniger in der Luft hängt. Freilich lassen sich fruchtbare Untersuchungen über die Parteibestimmung nicht anstellen, wenn über das Wesen der Parteien eines Prozesses gar keine Vorstellung besteht. Hierzu genügt aber wohl eine weiträumige vorläufige Arbeitsformel, wie sie sich bereits aus den Ergebnissen des ersten Teils der Arbeit ableiten läßt. Danach müsste eine solche vorläufige Arbeitsformel für uns lauten : " Prozeßparteien sind Personen, zwischen denen ein Rechtsstreit im Gange ist. "

II. Die Parteibestimmung

Die Vertreter der herrschenden Klageerhebungstheorie bedienen sich bei ihren Ausführungen zu dieser Frage der Deduktionskette : Klageerhebung - Prozeßentstehung - Erlangung der Parteistellung. Den Ausgangspunkt dieser Untersuchungskette - nämlich die Klageerhebung als Vorgang der Prozeßgründung - haben wir als unbrauchbar ablehnen müssen, weil er keine sichere Abgrenzungsmöglichkeit gegenüber der blossen Ordnungsmässigkeit der Klageerhebung zuließ. Zwar verlangt der systematische Prozeß-

aufbau nicht unbedingt die Anerkennung einer besonderen Prozeßvoraussetzung der Ordnungsmässigkeit der Klageerhebung. Auch die Prozeßordnung kennt diese Voraussetzung nicht. Wir haben aber feststellen müssen, dass die Klageerhebung ein komplexer Vorgang ist, deren einzelne Bestandteile eine unterschiedliche Bedeutung für den Verlauf des Prozesses haben, sodass eine gleichmässige Bewertung aller Einzelvorgänge dem jeweiligen speziellen Inhalt nicht gerecht würde. Eine unterschiedliche Bewertung aber ist nur durch Differenzierung zwischen der eigentlichen Prozeßgründung und der Ordnungsmässigkeit der sonstigen Teile des Klageerhebungsaktes möglich.

Damit ist der Ausgangspunkt der üblichen Untersuchungskette für uns nicht verwendbar. Weitere Bedenken gegen diese müssen sich für uns daraus ergeben, dass wir es abgelehnt haben, den Prozeß ohne weiteres als Rechtsverhältnis anzusehen. Damit ist die Gleichstellung des Vorganges der Prozeßgründung mit dem der Erlangung der Parteieigenschaft zumindest in Frage gestellt. Betrachtet man den Prozeß als Rechtsverhältnis, so ist damit die Parteistellung als Rechtsstellung im klassischen Sinne - nämlich als Zuordnung eines sachlichen Rechtes zu einer bestimmten Person - gekennzeichnet. Der Vorgang der Entstehung dieses Rechts und derjenige der Zuordnung zur Person muss mithin zwangsläufig zusammenfallen. Diese Notwendigkeit besteht aber nicht, sofern man den Prozeß als ein anders geartetes Rechtsgebilde betrachtet. Es erhebt sich damit die Notwendigkeit, für die Frage der Parteibestimmung nach einem neuen Ausgangspunkt zu suchen. Praktischerweise entsinnen wir uns dazu des Zweckes dieser Untersuchungen ; der fassbaren Erläuterung des Parteibegriffs von Seiten des Rechtsstreits her. Es liegt daher nahe, die Untersuchungen mit einer - wenn auch oberflächlichen - Klärung des Wesens des Rechtsstreits zu beginnen, und anschliessend die Frage der Gleich-

stellung von Prozeßgründung und Erlangung der Parteieigenschaft zu prüfen.

Einem natürlichen Betrachter stellt sich der Prozeß zunächst nicht so sehr als ein rein gedankliches Gebilde vor, sondern als realer Entwicklungsvorgang, dessen einzelne Handlungen in einem kausalen Zusammenhang stehen. Es werden Anträge gestellt und Tatsachen behauptet, so seitens der beteiligten Privatpersonen. Und - seitens des Gerichts - werden Entscheidungen gefällt. Die ergangenen Entscheidungen nehmen dabei auf die gestellten Anträge Bezug und verwenden inhaltlich die vorgetragenen Tatsachen. Insoweit ist der Prozeß ein rein kausaler Entwicklungsvorgang. Ausserdem aber kommt noch ein finales Element hinzu ; die Zweckbestimmung aller vorherigen Handlungen für die endgültige und abschliessende Entscheidung des gesamten Rechtsstreits. Damit stellt sich der Prozeß als ein kausaler Entwicklungsvorgang mit einer - die Verbindung aller Einzelhandlungen enthaltenden - Zweckbestimmung dar. Für die Frage nach der Gleichsetzung von Prozeßentstehung und Erlangung der Parteieigenschaft müssen wir zunächst eine Abgrenzung des Lebensvorganges " Prozeß " von anderen Lebensvorgängen finden, weil die Eigenschaft einer Person als Partei eines bestimmten Prozesses zugleich die persönlichen Grenzen dieses Prozesses angibt. Diese Grenzen lassen sich nur aus dem - den gesamten Prozeß umfassenden - finalen Moment ableiten. Sahen doch gerade die Vertreter des Prozeßrechtsverhältnisses in der Möglichkeit der Abgrenzung den entscheidenden Grund für die Notwendigkeit der Anerkennung eines Rechtsverhältnisses. Auch von uns kann die Notwendigkeit einer einheitlichen Betrachtung des Prozesses nicht geleugnet werden. Da wir das Rechtsverhältnis als zusammenfassendes Moment jedoch abgelehnt haben, müssen andere Gesichtspunkte hierfür Verwendung finden. Wir müssen daher versuchen, aus der einheitlichen Zweckbestimmung auch die

Abgrenzungsmöglichkeit zu finden. Das Wesen einer finalen Betrachtung ist es, von der Ausrichtung auf ein objektiv bezwecktes Ergebnis her - und damit letztlich von diesem Ergebnis her - zu argumentieren. Als ein solches Ergebnis des Prozesses haben wir bereits die abschliessende Entscheidung herausgestellt. Dabei bedarf es aber noch einer näheren Untersuchung, warum gerade die Entscheidung Zweck des Prozesses ist ; oder anders ausgedrückt, was die Entscheidung den beteiligten Personen gibt. Jede Gerichtsentscheidung ist eine Äusserung eines bestimmten Inhalts; eine Antwort auf eine dem Gericht vorgelegte Frage. Eine positive Wirkung für die eine oder andere beteiligte Person - eine prozessuale Besserstellung also - hat diese Antwort jedoch nur, wenn sie eine abschliessende, nicht mehr anfechtbare ist. Eine solche Wirkung eignet der Gerichtsentscheidung durch ihre Bindung sämtlicher - zur massgeblichen Prüfung der Frage zuständiger - Organe. Die bindende Kraft der Entscheidung ist es also, die den beteiligten Personen eine prozessuale Besserstellung verschafft. Und die Erlangung der besseren Position ist es, die die Entscheidung als finale Zweckbestimmung des Prozesses erkennen lässt. Eine Abgrenzung des Prozesses lässt sich hieraus insofern herleiten, als die Entscheidung zu einem bestimmten - durch die Vorschriften der Prozeßordnung wenigstens in relativer Hinsicht festgelegten - Zeitpunkt ergeht. Damit ist die zeitliche Endbegrenzung eines Prozesses gegeben. Die zeitliche Anfangsgrenze ergibt sich dann aus dem - auf die abschliessende Entscheidung gerichteten - Antrag. Neben der zeitlichen benötigt der Prozess jedoch auch eine inhaltliche Begrenzung. Diese inhaltliche Begrenzung teilt sich wiederum in eine gegenständliche und eine persönliche, wovon die letztere durch die Erlangung der Parteieigenschaft herbeigeführt wird. Geht man nun davon aus, dass die Entstehung des Prozesses durch die Schnittebene der zeitlichen Anfangsbegrenzung mit der inhaltlichen Begrenzung gekennzeichnet ist, so entspricht es

einer logischen Notwendigkeit, diese Schnittebene funktionell als einen einheitlichen Vorgang anzusehen. Damit aber gilt auch für die real-finale Prozeßbetrachtung der Satz, dass Prozessentstehung und Erlangung der Parteieigenschaft ein und derselbe Vorgang sind.

Als Ausgangspunkt für die Parteibestimmung ergibt sich also auch für uns die Frage nach der Prozeßgründung. Diesen Vorgang haben wir zunächst rein gedanklich in einem Schnittpunkt lokalisiert. Zu diesem Punkte hingeführt hat uns die finale Ausrichtung - oder im Sinne der Sauer'schen Prozeßlehre : Der zweckbestimmte Gedankenüberbau - des realen Prozeßvorganges. Aus dieser Zweckbestimmung muss daher auch der Vorgang der Prozeßgründung abgeleitet werden. Sieht man den Zweck in der - mit bindender Kraft ausgestatteten - Antwort des Gerichts, so verlangt die Prozessentstehung das Vorliegen einer beantwortungsfähigen Frage. Ist das wesentliche Moment an der Antwort ihre Bindungskraft, so muss die Frage in der Weise vorliegen, dass eine solche bindende Antwort ergehen kann. Die Bindung einer gerichtlichen Entscheidung aber beruht auf der dem Gericht beigelegten Gewalt, also der besonderen " Gerichtskraft " , ein Ausdruck der von Goldschmidt ⁶³⁾ stammt. Ihrem Wesen nach ist diese Gerichtskraft - oder auch Rechtskraft, wie sie gemeinhin bezeichnet wird - die einer ergangenen Gerichtsentscheidung nach dem Gesetz zukommende Bindungswirkung. Daraus folgt, dass die Frage bei einer mit solcher Kraft ausgestatteten Stelle - also dem Gericht als Spruchorgan - vorliegen muss. Ein Prozeß entsteht somit durch das Vorliegen einer beantwortungsfähigen Frage bei einem Spruchorgan. Nun stellt das Vorliegen an sich einen Zustand dar, der während der ganzen Dauer des Prozesses gegeben ist. Damit wird es nötig, den zeitlich frühesten Punkt dieses Vorliegens zu finden. Und da die Gerichte ihre Spruchtätigkeit nicht kraft eige-

63) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 211.

ner Initiative entfalten, setzt der Zustand des Vorliegens eine Tätigkeit des Vorlegens voraus.

Dieses Vorlegen besteht prozessual darin, dass jemand eine Klageschrift bei Gericht einreicht. Das Einreichen gehört nach der positiven Ausgestaltung der Prozeßordnung zum Gesamtvorgang der Klageerhebung, wie dieser sich aus § 253 ZPO ergibt. Brachtet man - wie wir es getan haben - den Gesamtvorgang der Klageerhebung für die Prozeßgründung als ungeeignet, so muss man die einzelnen, zur Klageerhebung gehörigen Akte daraufhin untersuchen, welcher von ihnen die Entstehung des Prozesses bewirkt.

Den zeitlich frühesten Einzelakt stellt die Einreichung der Klageschrift bei Gericht dar. Prozeßgründende Wirkung kommt diesem Akt nur zu, wenn mit seiner Vornahme die zur Beantwortung gestellte Frage bei dem Spruchorgan vorliegt. Eingereicht wird die Klageschrift durch Einwurf in den Gerichtsbriefkasten oder durch Abgabe auf der zuständigen Geschäftsstelle. Hierbei ergeben sich zunächst Bedenken daraus, dass sich - infolge der verschiedenartigen Ausgestaltung des inneren Geschäftsganges der einzelnen Gerichte - kein sicherer einheitlicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Klage ermitteln lässt. Bei grösseren Gerichtsbehörden mit gemeinsamer Briefannahme für alle Spruchorgane ist die Klageschrift mit der Abgabe bei der Annahmestelle bzw. dem Einwurf in den Briefkasten jeder weiteren Einwirkung des Urhebers entzogen, ohne dass sich mit Sicherheit sagen lässt, wann der Schriftsatz bei der einzelnen Kammer oder Abteilung eingeht. Würde man den Zeitpunkt einheitlich dahin festlegen, dass die Klageschrift in dem Augenblick eingereicht ist, in dem der Geschäftsstellenbeamte den Eingangsstempel darauf setzt, so blieben doch immer noch Zweifel in der Richtung, ob damit die Frage tatsächlich beim Spruchorgan vorliegt. Eignet nämlich die bindende Kraft der Entscheidung nur dem Richter oder Richterkol-

legium, so müssen diese zumindest Kenntnis von der Tatsache haben, dass eine Klage eingereicht ist. Das Vorliegen bei dem Spruchorgan verlangt also mehr, als nur die Entgegennahme einer Klageschrift durch den Beamten der Geschäftsstelle.

Der zeitlich nächste Vorgang ist die Durchsicht der Klageschrift durch den Richter und der Erlass der Terminsverfügung. Damit ist die Beziehung zum Spruchorgan hergestellt. Der Richter hat Kenntnis erlangt von der vorgelegten Frage. Nun kann im Einzelfalle die - vielleicht rein informatorische - Durchsicht der Klageschrift und die Terminsverfügung zeitlich auseinanderfallen. Kenntnis von der eingereichten Klage hat der Richter bereits mit der Durchsicht. Dennoch erscheint es zweifelhaft, ob hierdurch bereits der Prozeß entstanden ist, weil diese Kenntnis noch in keiner Weise deutlich geworden ist. Und weitere Bedenken ergeben sich daraus, dass der Zeitpunkt einer nur informatorischen Durchsicht sich nicht eindeutig festlegen lässt. Es erscheint aber sehr wichtig, den Zeitpunkt der Prozeßgründung auch nachträglich noch sicher feststellen zu können. Eindeutig festlegen lässt sich dieser Zeitpunkt, wenn man ihn zeitlich mit der Terminsverfügung zusammenfallen lässt. Wichtig aber ist nicht nur eine Klarstellung des Zeitpunktes, sondern noch viel mehr des Vorganges der Prozeßgründung selbst, weil anderenfalls Zweifel darüber entstehen können, ob tatsächlich ein Prozeß zustande gekommen ist. Solche Zweifel lassen sich dadurch beseitigen, dass man den Prozeß durch die richterliche Klageannahme entstehen lässt. Auch aus einem weiteren Grunde noch scheint die bloße Durchsicht der Klageschrift nicht geeignet, einen Prozeß ins Leben zu rufen. Die richterliche Klageannahme setzt ihrem Wesen nach eine gewisse Entschließung des Spruchorgans voraus. Diese aber liegt noch nicht in der rein passiven Kenntnisnahme vom Inhalt der Klageschrift, sondern erst in der Entschliessung des Spruchorgans, ob es den Pro-

zeß zur Entstehung bringen will. Da eine ausdrückliche Entscheidung dieses Inhalts weder der Prozeßordnung bekannt ist, noch sie in der Praxis der Gerichte zu finden ist, muss sie ihren Ausdruck in Gerichtsentscheidungen anderen Inhalts finden, die im frühesten Stadium der Gerichtstätigkeit liegen. Die früheste Entscheidung wird regelmässig die Entschliessung sein, ob auf die eingereichte Klage hin Termin anberaumt werden soll oder nicht. Daher hat Hein die Prozeßgründung als Tatbestandswirkung des Ergehens der Terminsverfügung angesehen. Dieser Konstruktion widerspricht es jedoch in gewisser Hinsicht, wenn Hein in dieser Art der Prozeßgründung eine solche durch richterliche Klageannahme sieht. Eine Klageannahme verlangt doch eine richterliche Entscheidung, deren Inhalt auf eine Annahme der Klage gerichtet ist. Die Anberaumung des Termins dagegen zielt - wie auch Hein nicht verkennnt - in einen bereits entstandenen Prozeß hinein ; und ihrem ausdrücklichen Inhalt nach ordnet sie lediglich einen Termin an. Nicht so deutlich wird die Zielrichtung bei einer Verfügung, die die Anberaumung des ersten Termins ablehnt. Ihrem Inhalt nach befasst sich auch diese Entscheidung nur mit der Terminsfrage. Gleichwohl wäre auch dies die zeitlich früheste Gerichtsentscheidung. Eine Klageannahme müsste also zumindest zeitlich mit dieser Verfügung zusammenfallen und wohl auch in irgend einer Weise in deren Wortlaut zum Ausdruck kommen. Es muss daher gewissen Bedenken unterliegen, wenn Hein von einer Prozeßgründung durch richterliche Klageannahme spricht, andererseits aber eine - inhaltlich auf diesen Vorgang gerichtete - Entscheidung gar nicht kennt und die Prozeßgründung schließlich als reine Tatbestandswirkung der Terminsverfügung betrachtet. Ausserdem muss die Terminsverfügung - mag sie nun auf Anberaumung oder auf Ablehnung des Termins lauten - gar nicht die früheste Gerichtsentscheidung sein. Es ist möglich, dass der Vorsitzende eines Kollegialgerichts nach Durchsicht der

Klageschrift sofort das einzelrichterliche Verfahren anordnet und erst der Einzelrichter die Terminsverfügung erläßt, dem die Sache zur Bearbeitung zugeschrieben ist ⁶⁴⁾. In diesem Falle müsste die Klage bereits durch die Verfügung des Vorsitzenden angenommen worden und der Prozeß zur Entstehung gebracht worden sein. Hieraus ergeben sich gegenüber der von Hein verwendeten Konstruktion Bedenken in zweierlei Hinsicht : Die Prozeßgründung durch richterliche Klageannahme verlangt eine Entscheidung, die auch inhaltlich eine entsprechende Beziehung zum prozessualen Gesamtrahmen hat. Und ausserdem muss diese Entscheidung nicht immer mit der ersten Terminsverfügung zusammenfallen. Und schliesslich besteht ja die Begründung, die Hein für seine Ansicht gegeben hat, eigentlich nur in dem Hinweis auf die Unbrauchbarkeit der herrschenden Klageerhebungstheorie ; also nur in negativen Ausführungen. An einer positiven Begründung für seine Ansicht lässt Hein es - abgesehen von dem Hinweis auf die Möglichkeit einer formlosen Klagerückforderung und die Bestimmung des § 335 Ziff. 2 ZPO - doch wohl fehlen. Eine positive Begründung erscheint aber umso notwendiger, als die Terminsverfügung ihrem Inhalt nach - wie auch Hein zugeben muss - in einen bereits entstandenen Prozeß hineinzielt.

Die positive Begründung für die Klageannahmetheorie ergibt sich u. E. nun aus der besonderen Stellung, die gerade das Gericht innerhalb der - zwischen den einzelnen Prozeßbeteiligten bestehenden - Beziehungen einnimmt. Den Zweck des Prozesses bildet die bindende Entscheidung. Diese Bindungskraft kommt - innerhalb der Prozeßbeteiligten - allein dem Gericht zu. Und eine weitere Kraft, die die sachliche Richtigkeit der Entscheidung gewährleisten soll, kommt nur dem Gericht zu, nämlich die Prüfungsgewalt. Das

64) Stein-Jonas-Schönke, Anm. I zu § 216.

Gericht ist es also, das einzelne Tatsachen als vorhanden oder nicht vorhanden feststellt, das die rechtlichen Schlüsse daraus zieht und das schliesslich seine bindende Antwort auf diesen, vorher angestellten Prüfungen aufbaut. Hieraus ergibt sich, dass das Gericht - im Rahmen der dreiseitigen Beziehungen zwischen den Prozeßbeteiligten - eine übergeordnete Stellung einnimmt. Diese Überordnung des Gerichts - als staatliches Organ - gegenüber den gerichtsunterworfenen Personen - als den möglichen Parteien eines späteren Prozesses - ist zunächst eine nur potentielle. Sie ist damit lediglich eine spezielle Ausdrucksform des allgemeinen Überordnungsverhältnisses : Staat - Staatsbürger. Durch die Entstehung eines bestimmten Prozesses zwischen einem bestimmten Spruchorgan und bestimmten Privatpersonen wird daraus eine effektive Überordnung ; das heisst des Landgerichts A. im Prozesse des X gegen den Y. Es zeigt sich also, dass die übergeordnete Stellung des Gerichts kein Umstand ist, der einem bereits bestehenden Prozeß eigentümlich ist. Diese Überordnung ist vielmehr - wenn auch nur als potentielle - bereits vor der Entstehung eines Prozesses vorhanden. Unter den einzelnen, nach der Prozeßordnung zur Klageerhebung gehörigen Vorgängen ist die Terminsverfügung nun der einzige, der von dem Spruchorgan ausgeht. Dann aber muss diesem Vorgang, wegen der bereits gegebenen Überordnung, die entscheidende Bedeutung zukommen. Aus dieser Sonderstellung des Spruchorgans wird man also die besondere Bedeutung der von ihm ausgehenden Terminsverfügung für die Prozeßgründung herleiten müssen.

Gewisse Bedenken hiergegen könnten sich noch daraus ergeben, dass die Terminsverfügung über den Inhalt des Prozesses und insbesondere über seine Grenzen nichts aussagen kann, während die Klageschrift in dieser Beziehung positive Aussagen macht. Und da mit der Gründung des Prozesses seine Grenzen festliegen müssen, könnte es scheinen, als ob die Terminsverfügung - oder die an ihrer Stelle erge-

hende zeitlich früheste Verfügung des Prozesses - für den Prozeß eine wesentlich geringere Bedeutung besitzt als die Klageschrift. Zur Klärung dieser Frage bedarf es eines kurzen Eingehens auf die Bedeutung des Inhalts der Klageschrift für den ins Leben zu rufenden Prozeß. § 253 ZPO verlangt von der Klageschrift einen bestimmten Mindestinhalt, mit Hilfe dessen die Grenzen des Prozesses festzulegen sind. Da die Klageschrift selbst oder deren Einreichung den Prozeß nicht zur Entstehung zu bringen vermag, kann der Inhalt der Klageschrift nur die Bedeutung eines Vorschlages oder Programmes für den - in diesem Zeitpunkt noch künftigen - Prozeß haben. Das Vorschlagsrecht der beteiligten Privatpersonen folgt aus der staatlichen Pflicht zur Gewährung von Rechtsschutz. Hierbei soll diese Pflicht nicht als Gegenseite des klassischen Rechtsschutzanspruches gesehen werden, sondern lediglich als Pflicht zur allgemeinen Tätigkeit der Gerichte in Rechtssachen. Aus diesem, dem Gericht vorgelegten Prozeßprogramm - was gleichbedeutend ist mit dem von uns verwandten gedanklichen Begriff der Prozeßfrage - wird ein Prozeß dadurch, dass das Gericht diesem Programm sein " Placet " erteilt. Das könnte zunächst den Anschein erwecken, als käme unserer Ansicht nach der Prozeß durch einen Vertrag zwischen einer Privatperson und dem Gericht zustande. Ein Vertrag oder eine Vereinbarung liegt aber deshalb nicht vor, weil zwischen den beiden beteiligten Stellen kein Verhältnis der Gleichordnung besteht. Vielmehr handelt es sich um einen mitwirkungsbedürftigen Staatsakt. Dieser Staatsakt hat Bedeutung in zweierlei Hinsicht. Seinem Inhalt nach besagt er, dass das angerufene Gericht bereit ist, die ihm vorgelegte Frage zu prüfen und darüber zu entscheiden. Der Akt bewirkt also, dass die bis dahin nur potentielle Prüfungs- und Entscheidungsgewalt des Gerichts zu einer effektiven wird. Als zweite Wirkung - und zwar als reine Tatbestandswirkung - bringt er den Prozeß zur Entstehung. Wir weichen also insofern

von Hein's Ansicht ab, als wir dem staatlichen Prozeßgründungsakt - oder besser ausgedrückt " Konkretisierungsakt " - einen Inhalt zusprechen ; nämlich die Umwandlung der potentiellen Gerichtsgewalt in eine effektive, auf ein konkretes Prozeßprogramm bezogene. Diesen Inhalt erhält der Konkretisierungsakt aus dem vorgelegten Prozeßprogramm. Die eigentliche Prozeßgründung dagegen stellt auch nach der hier vertretenen Auffassung eine reine Tatbestandswirkung dar.

Einige Bedenken gegenüber der Konstruktion von Hein müssen sich nämlich daraus ergeben, dass auch eine Tatbestandswirkung in einer gewissen adäquaten Beziehung zum Inhalt des Aktes stehen muss. Hein knüpft die Wirkung direkt an die Terminsverfügung, an eine Entscheidung also, die inhaltlich mit der Prozeßgründung nichts zu tun hat, und die auch ihrem Wertgehalt nach in keiner Beziehung zu dem sehr bedeutungsvollen Vorgang der Prozeßgründung steht. Diese übergangslose Anknüpfung muss wohl etwas willkürlich erscheinen. Hein gibt nämlich keinen Grund dafür an, warum sich die erste Terminsverfügung irgendwie von allen anderen - im laufenden Prozeß ergehenden - unterscheiden soll. Diesen weiteren Terminsverfügungen aber kommt bestimmt keine erhebliche Bedeutung für den prozessualen Gesamtrahmen zu. Erst wenn die besondere Bedeutung der ersten Terminsverfügung - oder der ersten richterlichen Verfügung anderen Inhalts - irgendwie gekennzeichnet ist, läßt sich hieran die Anknüpfung einer derart weitgehenden Tatbestandswirkung rechtfertigen. Nach unserer Ansicht fällt mit der ersten richterlichen Entscheidung, die auf die Einreichung der Klageschrift hin erfolgt - regelmässig der Terminsverfügung - die inhaltlich auf eine Effektivierung und Konkretisierung der Gerichtsgewalt gerichtete Entscheidung zusammen, die den Prozeß ins Leben ruft. Diese Entscheidung hat einen eigenen Inhalt gegenüber der blossen Anberaumung oder Verweigerung des ersten Termins oder der An-

ordnung des einzelrichterlichen Verfahrens. Und sie findet auch ihren eigenen Ausdruck in der Formulierung der ersten Entscheidung : " In dem Rechtsstreit des X gegen Y wird ... angeordnet " . Damit hat der Konkretisierungsakt seinen eigenen Inhalt erhalten und ist auch von einer obligatorischen Verknüpfung mit der Terminsverfügung befreit. Die Tatbestandswirkung der Prozeßgründung knüpft jetzt an eine Entscheidung an, deren Inhalt eine grosse Bedeutung für den prozessualen Gesamtrahmen besitzt.

Wenn Lukowski ⁶⁵⁾ in diesem Zusammenhang die Auffassung vertritt, das Gesetz verleihe dem Gericht seine besondere Kraft nur innerhalb eines ordnungsmässigen Verfahrens, so ist das u. E. unzutreffend. Die besondere Gerichtskraft ist eine vorprozessuale Gewalt. Sie eignet auch gerichtliche Entscheidungen, die zeitlich vor der Entstehung eines Prozesses oder gar ausserhalb eines ordnungsmässig begründeten Prozesses ergehen, weil sie Ausfluß der - ein für allemal gegebenen - Überordnung der staatlichen Gerichtsorgane ist. Aus diesem Grunde bedarf es zur Prozeßgründung auch nicht - wie Lukowski aus seiner Ansicht folgert - eines Aktes, dem ausdrücklich eine dahingehende Fähigkeit beigelegt ist. Im übrigen wäre eine positive Bestimmung solchen Inhalts auch nicht - wie Lukowski es offensichtlich tut - unter den Normen des Zivilprozeßrechts zu suchen. Denn diese Normen befassen sich - zumindest in erster Linie - mit den Vorgängen und Beziehungen innerhalb eines bereits entstandenen Prozesses. Der Vorgang der Prozeßgründung selbst liegt aber auf der Verbindungslinie vom Staatsrecht zum Zivilprozeßrecht. Eine positive Normierung wäre daher eher in den Bestimmungen des Staatsrechts zu suchen oder aus den dort geltenden Regeln abzuleiten, wenn man schon glaubt, auf eine positive Norm nicht verzichten zu können.

Aufgrund der bisherigen Untersuchungen lässt sich also sa-

65) Lukowski, S. 18 a.a.O.

gen, dass sich aus der besonderen Stellung und Gewalt des Gerichts gegenüber den Parteien die positive Begründung für die Klageannahmetheorie ergibt. Soweit sich gegen eine Prozeßgründung durch richterliche Entscheidung Bedenken aus dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit ergeben könnten, wird auf die Untersuchungen im ersten Teil der Arbeit verwiesen, wobei wir festgestellt hatten, dass die Wirkungen der Rechtshängigkeit nicht so unmittelbar zwingend aus dem Wesen des Prozesses folgen, dass Prozeßgründung und Eintritt der Rechtshängigkeit zusammenfallen müssten.

Betrachtet man aber die Prozeßgründung als Folge eines Staatsaktes - speziell auf den Prozeß bezogen : als Folge einer Gerichtsentscheidung - so bleibt doch noch die Frage zu klären, ob diese Entscheidung wirksam werden kann, ohne dass sie den beteiligten Personen bekannt gemacht worden ist. Besonders Lisch ⁶⁶⁾ beruft sich in seiner Auseinandersetzung mit der Klageannahmetheorie auf das Argument, Prozeßhandlungen erlangten ihre Wirkung stets erst mit der Bekanntgabe an diejenigen Beteiligten, für die sie bestimmt sind ; insbesondere Gerichtsentscheidungen würden erst mit ihrer Verkündung, ihrer Zustellung oder zumindest ihrer formlosen Mitteilung wirksam. Die zeitlich früheste Gerichtsentscheidung - regelmäßig also die Terminsverfügung - wird jedoch weder verkündet, noch ist sie im Zeitpunkt ihres Erlasses - dem Zeitpunkt, zu dem unserer Ansicht nach der Prozeß zur Entstehung gelangt - den Parteien bereits bekannt. Es ist daher zu prüfen, ob eine Regelung des von Lisch behaupteten Inhalts besteht, und ob diese - sollte sie vorhanden sein - auch für die Klageannahme gilt. In der Zivilprozeßordnung befasst sich die Bestimmung des § 329 mit der Bekanntgabe von richterlichen Entscheidungen an die Beteiligten. Da die zeitlich

66) Lisch, S. 22/23 a.a.O.

früheste Entscheidung stets ein nicht verkündeter Beschluß oder eine nicht verkündete Verfügung ist, gilt hierfür § 329 Abs. 3 ZPO. Danach ist diese Entscheidung nur zustellungsbedürftig, wenn sie gewisse Qualifizierungsmerkmale enthält. Die Fristsetzung kann hierbei ausser Betracht bleiben, weil die Einlassungsfrist (§ 262 ZPO) nicht durch den Konkretisierungsakt, sondern durch die Zustellung der Klageschrift in Gang gesetzt wird. Klageerhebung und Prozeßgründung sind aber unserer Ansicht nach zwei verschiedene Vorgänge. Die früheste Gerichtsentscheidung, mit der der Konkretisierungsakt zeitlich zusammenfallen soll, ist aber regelmässig eine Terminsverfügung. Und hinsichtlich der Bekanntgabe an die Beteiligten wird der Konkretisierungsakt auch meist mit der Terminsverfügung zu einer gemeinsamen Urkunde - der Ladung - vereinigt. Andererseits hatten wir bereits festgestellt, dass der Prozeßgründungsakt als Gerichtsentscheidung gegenüber der Terminsverfügung einen eigenen Inhalt besitzt. Jene Entscheidung aber ist nach § 329 Abs. 3 ZPO nicht zustellungsbedürftig. Damit erhebt sich die Frage, ob bei urkundlicher Verbindung von zustellungsbedürftigen und nichtzustellungsbedürftigen Entscheidungen nunmehr beide dem Zustellungszwang unterliegen. Dazu bedarf es eines kurzen Eingehens auf die Entwicklung dieser Bestimmung. § 329 ZPO ist durch die Verordnung vom 17. Juni 1933 inhaltlich dahin geändert worden, dass - gegenüber einer früheren generellen Zustellungsbedürftigkeit - nunmehr nur noch einzelne Entscheidungen zugestellt werden müssen. Damit ist der Zustellungszwang für die Entscheidungen des § 329 Abs. 3 ZPO zur Ausnahme geworden. Diese Neuregelung scheint zunächst nur eine rein technische Vereinfachung im Zustellungswesen zu bedeuten. Da aber - mangels ausdrücklicher Vorschriften - aus dem Bekanntmachungszwang der Eintritt und Zeitpunkt der Wirksam-

keit der Entscheidungen hergeleitet wurde und auch heute noch hergeleitet wird ⁶⁷⁾, ergibt sich aus dieser Neuregelung zugleich eine Veränderung - und zwar eine Erleichterung - der Existenzbedingungen für die Entscheidungen des § 329 Abs. 3 ZPO. Hieraus ist zu folgern, dass auch bei urkundlicher Verbindung nur die zustellungsbedürftige Entscheidung erst mit der Zustellung existent wird ⁶⁸⁾. Der Konkretisierungsakt bedarf also keiner Zustellung, sondern allenfalls einer formlosen Mitteilung.

An dieser Stelle soll kurz noch einmal auf den Fall eingegangen werden, dass die früheste Gerichtsentscheidung keine Terminsverfügung ist, sondern die Anordnung des einzelrichterlichen Verfahrens, und dass der Konkretisierungsakt folglich mit dieser zusammenfällt. Stein-Jonas-Schönke ⁶⁹⁾ betrachtet diese Anordnung als eine rein gerichtsinterne Entscheidung, die damit überhaupt keiner Mitteilung an die Beteiligten bedürfte. Dem wird man für unseren Spezialfall der Anordnung des einzelrichterlichen Verfahrens nicht beistimmen können, weil der Konkretisierungsakt wegen seiner weitgehenden Wirkungen auf den prozessualen Gesamtrahmen wohl kaum als reines Internum des Gerichts angesehen werden kann. Er muss daher wohl der formlosen Bekanntmachung unterliegen.

Die formlose Mitteilung hat jedoch den Nachteil, dass sich in den meisten Fällen - insbesondere bei Mitteilung durch einfachen Brief - der genaue Zeitpunkt des Zugangs gar nicht wird feststellen lassen. Der Zeitpunkt der Wirksamkeit einer Entscheidung aber muss jederzeit feststellbar sein. Der letzte feststellbare Zeitpunkt bei formlosen Mitteilungen ist derjenige, in dem die Nachricht bei Gericht abgeht; das heisst mit dem Einlegen in das Abgangsfach.

67) Für viele andere Stein-Jonas-Schönke, Anm. III 2 b zu § 329.

68) Stein-Jonas-Schönke, Anm. III 2 b zu § 329.

69) Anm. II 1 zu § 348.

Um überhaupt einen feststellbaren Zeitpunkt für das Wirksamwerden solcher Entscheidungen zu erhalten, muss man ihn also mit demjenigen des Abgangs zusammenfallen lassen. Das bedeutet aber, dass alle Entscheidungen, die nur der formlosen Mitteilung unterliegen, bereits vor der Bekanntgabe an die Beteiligten wirksam werden ⁷⁰⁾. Damit aber ist die von Lisch aufgestellte Regel - zumindest für die hier in Frage kommenden Entscheidungen - ausser Kraft gesetzt. Hat diese Regel damit auch ihre entscheidende Beweiskraft verloren, so scheint es doch noch prüfungsbedürftig, ob der Konkretisierungsakt bereits im Zeitpunkt seines Erlasses - also unter dem Datum, das der verfügende Richter unter die Verfügung setzt - wirksam wird, oder erst im Augenblick des Abgangs der Mitteilung an die Beteiligten. Die auf Prozeßgründung lautende Entscheidung wird den Beteiligten stets zusammen mit der frühesten zustellungsbedürftigen Entscheidung - der Terminsverfügung - bekannt gemacht. Für die zustellungsbedürftige Terminsverfügung aber ist der entscheidende Zeitpunkt nicht der Abgang der Mitteilung, sondern deren Zugang. In vielen Fällen wird das Abgangsdatum - weil für die Zustellung unwichtig - gar nicht besonders vermerkt werden. Da aber der Zugangszeitpunkt für die Existenz des Konkretisierungsaktes wiederum bedeutungslos ist, erscheint es nur folgerichtig, hierfür den Zeitpunkt seines Ergehens selbst - das vom Richter unter die Verfügung gesetzte Datum - anzunehmen. Steht nämlich fest, dass diese Entscheidung vor dem Zugang an die Beteiligten wirksam geworden ist, so berührt es diese in keiner Weise mehr, um wieviel vorher die Wirksamkeit eingetreten ist. Dann aber erscheint der von uns angenommene Zeitpunkt als der sicherste und am einfachsten feststellbare. Offenbar aus der Erkenntnis heraus, dass es recht

70) So das RG in st. Rechtspr., insbesondere in RGZ Bd. 144, S. 259 ; Bd. 150, S. 357 ; Bd. 156, S. 385 (390) ; Bd. 160, S. 307.

willkürlich ist, das Wirksamwerden von formlos mitzuteilenden Entscheidungen gerade in den Zeitpunkt des Abgangs zu verlegen, hat das OLG Oldenburg ⁷¹⁾ entschieden, dass nicht verkündete Entscheidungen - sofern sie nicht der Zustellungspflicht unterliegen - nicht erst mit dem Zeitpunkt der Bekanntmachung, sondern bereits im Augenblick ihrer Beschlußfassung bzw. ihrer Abfassung existent werden, falls sie demnächst in der beschlossenen Form bekannt gemacht werden. Die von Lisch erhobene Einwendung gegen die Prozeßgründung durch richterliche Entscheidung scheint damit entkräftet.

Von anderen Erwägungen aus gehen Argumente - ebenfalls mit dem Ziele, die Prozeßgründung erst mit der Bekanntmachung an die Beteiligten wirksam werden zu lassen - , die wir bei Lukowski ⁷²⁾ finden, und die in ähnlicher Form auch Nußbaum ⁷³⁾ vorbringt. Lukowski hält deshalb eine Bekanntgabe auch hinsichtlich der Prozeßgründung für erforderlich, weil es auf keinem Rechtsgebiete Rechtshandlungen gäbe, die eine Rechtsstellung neu begründeten, ohne dass der Betroffene hiervon etwas erfahre. Eine Erklärung ihm gegenüber - sei sie formlos oder formell - müsse immer vorliegen. Und Nußbaum macht geltend ⁷⁴⁾ , rechtlich erhebliche Erklärungen einer Person könnten Rechte und Pflichten für eine andere Person nur erzeugen, wenn zwischen beiden das rechtliche Band einer gültigen Vertretungsmacht bestehe. Beide setzen also unausgesprochen voraus, dass die Entstehung eines Prozesses den Parteien Rechte und Pflichten im klassischen Sinne auferlege. Sie betrachten den Prozeß damit als Rechtsverhältnis. Von dieser Voraussetzung sind wir jedoch nicht ausgegangen ; und zwar gerade deshalb, weil der Prozeß un-

71) OLG Oldenburg vom 30.5.1951 in Nds. Rpfl. 1952, S. 13.

72) Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, 1908.

73) Lukowski, S. 21 a.a.O.

74) Nußbaum, S. 66 und 79 a.a.O.

serer Ansicht nach keine echten Rechte und Pflichten für die Parteien erzeugt. Dies ist im wesentlichen auch unbestritten. Zweifel können insoweit nur im Hinblick auf die - durch § 138 ZPO den Parteien auferlegte - Wahrheits- und Erklärungsspflicht entstehen. Sieht man einmal von dem Umstand ab, dass dies aber auch die einzige echte Pflicht wäre, so muss zunächst untersucht werden, ob die Wahrheitspflicht gerade aus den innerprozessualen Beziehungen der Prozeßbeteiligten herrührt. Die Wahrheitspflicht nach § 138 ZPO soll doch in allererster Linie der Prozeßförderung dienen ; also dem gleichen Zweck, wie die gerichtliche Prüfungs- und Entscheidungsgewalt. Diese aber entspringt dem vorprozessualen Überordnungsverhältnis der Gerichtsorgane. Aus der Wechselwirkung der gerichtlichen Pflicht und dieser Pflicht der Parteien wird man daher folgern müssen, dass auch die Wahrheitspflicht eine vorprozessuale ist, die in potentieller Form dauernd besteht und durch die Entstehung eines Prozesses lediglich zur effektiven umgewandelt wird. Ist die Wahrheitspflicht des § 138 ZPO aber keine innerprozessuale Pflicht, so entstehen aus dem Prozeß für die Parteien keinerlei wirkliche Rechte und Pflichten. Das bedeutet aber, dass man an den Prozeß keine rein materiell-rechtlichen Maßstäbe anlegen kann. Damit entfallen die von Nußbaum erhobenen Bedenken, die auf einer rein materiell-rechtlichen Betrachtungsweise beruhen. Lukowski ist entgegen zu halten, dass die Prozeßparteien ja regelmässig die Entstehung des Prozesses erfahren, wenn auch erst nachträglich. Im übrigen trifft die von ihm aufgestellte These schon in ihren Voraussetzungen nicht zu, weil er dabei übersieht, dass auch nach materiellem Recht neue Rechtsstellungen entstehen können, ohne dass der Betroffene etwas davon erfährt ; wie etwa bei den Ansprüchen aus Delikt und aus Eigentum.

74) Nußbaum, S. 66 und 79 a.a.O.

Nachdem wir die vorstehend behandelten Einwendungen entkräftet haben, lässt sich feststellen, dass mit dem Erlaß der ersten richterlichen Verfügung der Prozeß zur Entstehung gelangt. Da wir aber - im Gegensatz zu Hein - dem staatlichen Konkretisierungsakt einen Inhalt gegeben haben und wir diesen Inhalt dem Prozeßprogramm entnommen haben, ist nun weiter zu prüfen, welchen Inhalt das Prozeßprogramm haben muss, um als eine beantwortungsfähige Frage angesehen werden zu können. Der in § 253 ZPO festgelegte Mindestinhalt des Prozeßvorschlages dient der persönlichen und gegenständlichen Begrenzung des Prozesses ; und zwar in seiner Ziffer 1 - Bezeichnung von Gericht und Parteien - der persönlichen, in seiner Ziffer 2 - Gegenstand und Grund des Anspruchs und Antrag - der gegenständlichen.

Es erscheint zweckmässig, zunächst die gegenständliche Seite zu untersuchen. Ein zulässiger Antrag liegt dann vor, wenn mit ihm ein von der Rechtsordnung als möglich vorgesehener Rechtsfolgenausspruch begehrt wird. Anderenfalls ist die Frage nicht beantwortungsfähig, weil es nicht Aufgabe der richterlichen Spruchstätigkeit ist, neue - bisher unbekannte - Rechtsfolgen zu schaffen. Eine dennoch erlassene Terminsverfügung würde demnach keinen Prozeß begründen können, weil es dem staatlichen Konkretisierungsakt dann an einem sinnvollen Inhalt fehlte. Die Prüfung und Entscheidung eines zwar möglichen, aber nicht in die Zuständigkeit der gerichtlichen Spruchorgane fallenden, Rechtsfolgenausspruches dagegen kann die Beantwortungsfähigkeit der vorgelegten Frage wohl nicht berühren. Erstens eignet auch den Entscheidungen anderer staatlicher Organe eine gewisse - der Gerichtskraft entsprechende - Bindung, die ebenfalls Ausfluß des allgemeinen Überordnungsverhältnisses des Staates ist. Und ausserdem erfordert die Prüfung und Entscheidung der Frage, welchem staatlichen Organ der erbetene Rechtsfolgenausspruch zugewiesen ist, sehr oft eingehende rechtliche Untersuchungen, die sich

leichter in dem - mit grösseren Rechtsgarantien ausgestatteten - Prozeß anstellen lassen. Es erscheint daher nur folgerichtig, wenn die positiven Bestimmungen der Prozeßordnung (§§ 274 Ziff. 2, 275 ZPO) die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges als Teil des bestehenden Prozesses ansehen. Die Angabe von Grund und Gegenstand des Anspruches wird man ebenfalls als bedeutungslos für die Beantwortungsfähigkeit ansehen dürfen. Zweck des Prozesses ist lediglich die mit bindender Kraft ausgestattete Endentscheidung, nicht aber der gesamte - dazu hinführende - Lösungsweg. Da andererseits mit dem Vorliegen eines bestimmten Antrages die gegenständliche Grenze des prozessualen Gesamtrahmens eindeutig festliegt, sind Grund und Gegenstand des Anspruches nur innerhalb des Prozesses bedeutsam, nicht dagegen für seine Entstehung und Beendigung. Inhalt des Konkretisierungsaktes braucht daher nur zu sein, was zur Festlegung der Grenzen des Rechtsstreits nötig ist, nicht aber, was nur der inhaltlichen Verdeutlichung dient. Alle nur der Verdeutlichung dienenden Ergänzungen - der Gesamtvortrag des konkreten Lebensvorganges - können auch noch im Laufe des Prozesses selbst vorgebracht werden. Das erscheint auch folgerichtig, weil es einer sachlich richtigen Entscheidung des Prozesses nur förderlich sein kann, wenn den beteiligten Privatpersonen die nachträgliche Aufzeichnung oder wenigstens die Vervollständigung des Lebensvorganges gestattet wird. Die Angabe von Grund und Gegenstand des Anspruches gehört damit nicht zur Beantwortungsfähigkeit der dem Gericht vorgelegten Frage. Beides braucht also im Prozeßprogramm und im prozessgründenden Konkretisierungsakt nicht enthalten zu sein. Das bedeutet für die Frage nach dem Streitgegenstand des Prozesses, dass zu diesem zunächst nur der gestellte Antrag gehört. Für den erforderlichen Inhalt des Konkretisierungsaktes bedeutet es, dass er einen rechtlich zulässigen Antrag enthalten muss.

In persönlicher Hinsicht verlangt § 253 Ziff. 1 ZPO die Bezeichnung der Parteien. Wie bereits im ersten Teil der Arbeit näher ausgeführt, ist dafür die objektiv erkennbare Bezeichnung einer bestimmten vorhandenen Person nötig. Fehlt eine solche Bezeichnung völlig, so trifft der Konkretisierungsakt hinsichtlich der persönlichen Begrenzung des Prozesses ins Leere. Die gleiche Folge tritt ein, wenn die Bezeichnung nur für Personen zutrifft, die der deutschen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen sind, weil es hier bereits an einem potentiellen Überordnungsverhältnis der deutschen Gerichte fehlt, welches durch den Konkretisierungsakt effektiviert werden könnte. Es bliebe allerdings die Möglichkeit, sich der deutschen Gerichtsbarkeit ausdrücklich zu unterwerfen, wodurch dann - allerdings nur für den begehrten Prozeß - die erforderliche Voraussetzung geschaffen würde. Beim Fehlen der Gerichtsunterworfenheit allerdings kann ein dennoch ergangener Konkretisierungsakt keinen Prozeß zur Entstehung bringen. Ist eine Bezeichnung der Parteien vorhanden, diese aber falsch oder zweideutig, so hängt die Frage der Prozeßentstehung davon ab, ob sich durch Auslegung eine bestimmte vorhandene Person ermitteln lässt. Bejahendenfalls ist ein Prozeß zustande gekommen, in dem diese Person die Parteistellung erlangt hat. Anderenfalls ist die Situation ebenso, als ob es an einer Parteibezeichnung überhaupt fehlen würde. Damit bleibt nur die Frage offen, welche Momente für die Auslegung der Parteibezeichnung verwendet werden dürfen. Diese Frage soll im letzten Teil der Arbeit untersucht werden.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen über die Parteibestimmung lässt sich also feststellen : Ein Prozeß entsteht durch einen staatlichen Konkretisierungsakt, der sich auf eine - beim Spruchorgan vorgelegte - Frage bezieht. Diese Frage ist beantwortungsfähig, wenn sie einen Antrag enthält, der auf einen, von der Rechtsordnung gebilligten Rechtsfolgenanspruch gerichtet ist, und sie

ausserdem Individualisierungsmerkmale enthält, die die Ermittlung einer bestimmten vorhandenen Person ermöglichen. Da die vorstehenden Bedingungen den Mindestinhalt des Prozeßvorschlages angeben, entsteht der Prozeß also durch einen staatlichen Konkretisierungsakt für ein vollständiges Prozeßprogramm.

III. Die Ermittlung der Prozeßpartei

In die Untersuchungen über die Parteibestimmung haben wir bereits einen grossen Teil der Fragen einbezogen, die bei anderen Autoren erst bei der Parteiermittlung geprüft worden sind. Dadurch sollte die Gefahr ausgeschaltet werden, dass die Ergebnisse der Untersuchungen auf diesen beiden Arbeitsgebieten miteinander in Widerspruch stehen. Die Frage nach den für die Auslegung der Parteibezeichnung verwendbaren Momenten kann gesondert behandelt werden, da sie das Ergebnis der Untersuchungen über die Prozeßentstehung nicht mehr beeinträchtigen kann.

Es ist zunächst festzustellen, dass die Frage des nachträglichen Auftretens von Momenten, die für die Auslegung verwendbar sein könnten, sich nicht nach dem Zeitpunkt ihrer Einführung in den Prozeß richtet, sondern nach dem rein systematischen Zeitpunkt, in dem sie für die Prozeßentscheidung gebraucht werden. Das bedeutet, dass die Trennungslinie nicht zwischen der Klageschrift selbst und den späteren Schriftsätzen gezogen werden kann. Auch solches - bereits in der Klageschrift enthaltene - Vorbringen, das aber nur für die Entscheidung der sachlichen Berechtigung brauchbar ist, gilt systematisch als nachträglich vorgebracht. Dieses gesamte Vorbringen muss sich personell bereits mit der als Partei ermittelten Person decken. Es ist daher nicht zu unterscheiden zwischen dem Vorbringen in der Klageschrift und dem in den späteren Schriftsätzen,

sondern zwischen solchem Vorbringen, das sich auf die Klarstellung der persönlichen Grenzen des Prozesses bezieht und solchem, das sich lediglich auf die Klärung der sachlichen Berechtigung bezieht. Das letztere muss sich in jedem Falle personell mit den ermittelten Parteien decken. Die Bestimmung des einzelnen Vorbringens für die Klärung der einen oder anderen Frage kann dadurch verdeutlicht werden, dass der Erklärende es ausdrücklich als solches kennzeichnet. Ist es ausdrücklich als für die Parteiermittlung bestimmt gekennzeichnet, dann ist es auf jeden Fall für die Auslegung der Parteibezeichnung verwendbar. Diese ausdrückliche Kennzeichnung muss sich dabei nicht aus einem direkten Hinweis des Erklärenden ergeben. Es genügt, dass es - nach objektiver Ansicht des Gerichts - nur dafür bestimmt sein kann. Ist diese Frage objektiv zweifelhaft - weil das Vorbringen sowohl die persönliche Prozeßbegrenzung als auch die sachliche Berechtigung betreffen kann - oder ist das Vorbringen ganz eindeutig nur für die Frage der sachlichen Berechtigung bestimmt, dann ist es für die Auslegung der Parteibezeichnung nicht verwendbar, weil es auf seine Übereinstimmung mit der ermittelten Partei geprüft werden muss ; eine Prüfung, die systematisch erst später anzustellen ist und zu der es gar nicht kommen kann, solange die Parteifrage noch nicht geklärt ist.

Die Unterscheidung des verwendbaren Materials von dem nicht verwendbaren muss also danach erfolgen, ob das Vorbringen - objektiv erkennbar - für die Klärung der einen oder anderen Frage bestimmt ist. Nur das eindeutig für die Parteiermittlung bestimmte Vorbringen kann damit zur Auslegung herangezogen werden. Mit dieser Lösung kann man den beiden gegensätzlichen Forderungen gerecht werden, dass einerseits alles der sachlichen Berechtigung dienende Vorbringen sich personell mit der ermittelten Partei decken muss, dass es andererseits aber praktischen Erwägungen widerspricht, wenn

man eine nachträgliche Auslegung nicht zulässt. Die Verwendbarkeit von - ausserhalb der eigentlichen Parteibezeichnung liegendem - Vorbringen beschränkt sich damit auf solches, das der Parteibezeichnung selbst inhaltlich verwandt ist.

IV. Zusammenfassung des Ergebnisses

Verwendet man die vorstehenden Ergebnisse dazu, dem geltenden Parteibegriff eine fassbare, praktisch verwendbare Ausgestaltung zu geben, so lässt sich der Begriff etwa folgendermassen definieren :

Prozessparteien sind Personen, zwischen denen ein Rechtsstreit zustande gekommen ist. Zum Rechtsstreit kommt es dadurch, dass ein Gericht sich durch Klageannahme zur Entscheidung über eine - durch rechtlich zulässigen Antrag und ermittlungsfähige Parteibezeichnung gekennzeichnete - Klage bereit erklärt. Ermittlungsfähig ist die Parteibezeichnung, wenn hierdurch - selbständig oder mit Hilfe einer zulässigen Auslegung - eine bestimmte vorhandene Person ermittelt werden kann.

Am 20. Juli 1924 wurde ich als Sohn des Oberschullehrers Friedrich Wierscher und seiner Ehefrau Margarete, geb. Rother zu Breslau geboren. Von 1930 bis 1934 besuchte ich die städt. Volksschule in Breslau und anschließend bis 1942 die Maria-Magdalenen-Oberschule dortselbst, wo ich im März 1942 die Reifeprüfung ablegte. Im Sommer-Semester 1942 studierte ich an der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Breslau Rechtswissenschaft. Im Herbst 1942 wurde ich zum Wehrdienst eingezogen. Nach fast siebenjähriger Unterbrechung infolge Wehrdienst und Kriegsgefangenschaft setzte ich mein Studium im Sommer-Semester 1949 an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt am Main fort. Im Herbst 1952 meldete ich mich beim Prüfungsamt in Frankfurt am Main zur ersten rechtswissenschaftlichen Staatsprüfung, die ich am 18.2.1953 bestanden habe. Seit 1. Juni 1953 bin ich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst im Bezirk des OLG Frankfurt am Main tätig.

